XXIX

Schaumburg

1731

IO. GOTTFRIED SCHAVMBVRG
ANTECESSORIS IN ACADEMIA IENENSI CVR. PROV. ET SCAB. IVRID. ASSESS. SEREN. DVC. SAXO-VINAR. A CONSIL. AVL.

# ANNOTATIONES
AD
B. GEORG. AD. STRVVII
# IVRISPRVDENTIAM
ROMANO-GERMANICAM
FORENSEM
IN VSVM AVDITORII
ADORNATAE
IN QVIBVS CVM VTRIVSQVE IVRISPRV-DENTIAE ET GERMANICAE ET ROMANAE NOBILISSIMA ARGVMENTA AD PRINCIPIA GENVINA REVOCANTVR, ET CONCLVSIONIBVS ILLVSTRANTVR
TVM VBIQVE, QVAE IN IPSIS RERVM ARGVMENTIS VSVM INSIGNEM PRAESTANT, OBSERVATIONES PRACTICAE OCCVRRVNT
CVM INDICE RERVM ET VERBORVM.



CVM PRIVILEGIO S. REG. MAI. POL. ET ELECT. SAX.

IENAE M DCC XXXVII.

EX OFFICINA LIBRARIA HARTVNGIANA.



SERENISSIMO

DVCI AC DOMINO

DOMINO

# ERNESTO AVGVSTO

DVCI SAXONIAE

IVLIACI CLIVIAE MONTIVM ANGARIAE ET VVESTPHALIAE LANDGRAVIO THVRINGIAE MARGGRAVIO MISNIAE COMITI PRINCIPI HENNEBERGIAE COMITI MARCAE ET RAVENSBERGAE DYNASTAE RAVENSTEINII



SA-

SACRAE CAESAREAE ET CATHOLICAE REGIAE MAIESTATIS EQVITATVS OMNIS DVCI GENERALI ACTVALI BINARVMQVE LEGIONVM EQVITVM CATAPHRACTORVM ET PEDITVM CHILIARCHAE

DVCI AC DOMINO SVO
CLEMENTISSIMO
PRINCIPI PIO FELICI
ET VERE AVGVSTO

HEROI IN TOGA ET SAGO
INCOMPARABILI
IN OMNI FORTVNA EXCELSO
CLEMENTIAE SACRARIO
IVSTITIAE VIVO ORACVLO
OMNIS FELICITATIS CVMVLVM
FORTVNATISSIMVM REGIMEN
ET
PERENNATVRAM
SERENISSIMAE DOMVS SAXO
VINARIENSIS
GLORIAM

)( 3 SVB

SVBIECTISSIMA ANIMI DEVOTIONE
APPRECATVR
ET HOC
QVICQVID EST LABORIS
ACADEMICI
IN GRATIAM STVDIOSAE
IVVENTVTIS
SVSCEPTI
HVMILLIME
DAT, DICAT, DEDICAT

AVCTOR.



# Cupidæ legum juventuti ſigillatim charisſimis Auditoribus ſuis Salutem

*AVCTOR.*



Os, optimi Comilitones, Auditores ſuaviſſimi, ſtatim in fronte libelli compello. Veſtri enim cauſa Annotationes ad Struvii Jurisprudentiam Romano-Germanicam Forenſem conſcriptæ ſunt. Sed

& veſtri cauſa, utque easdem ad uſus veſtros accommodetis, publici juris fiunt. Speroque ego, fore, ut hoc meum veſtris commodis inſerviendi ſtudium, eo majori ſinceritate excipiatis, quo purior ab omni ſuco mea, in his annotationibus concinnandis, fuit intentio, & quo candidiores easdem Vobiscum communicandi, allegare poſſum cauſas, quas & ipſas ſufficere credo, ut me ab omni ſvanæ gloriæ artificio excuſent. Vos amatis Struvium, Vos eum in civilis ſapientiæ ſtudio ducem eligitis, Vos omnem movetis lapidem, ut Jurisprudentiam Struvianam in ſuccum vertatis & ſanguinem. Nec immerito. Nam Struvius, vir quondam omnis juris tam publici quam privati peritiſſimus, dudum æternitatem nominis meruit, atque præclaris ingenii ſummi monumentis effecit, ut memoriam ejus ſancte colerent omnes omnino, qui vel docendo vel diſcendo Jurisprudentiæ operam navant. Struviana vero Jurisprudentia non eo ſolum

mo-

momento, quo lucem prima vice, aſpexit, maximo optimo jure excepta eſt applauſu, & digna habita ab omnibus, ut illis, qui Themidis ſacrarium intrarent, prælegeretur & exponeretur, ſed eadem ipſa quoque, ad noſtram usque ætatem iis, qui juris ſcientiam ſectantur, adeo mirifice placuit, ut, vix credant, ſe poſſe felices in ſtudio juris facere progreſſus, niſi prima totius legitimæ ſcientiæ principia ex Compendio Struviano haurirent prius. Cumprimis, quod nullum Jurisprudentiæ argumentum uſu Practico conſpicuum relinqueret intactum, nullum aggrederetur, quin exquiſitiſſimis præceptis ejus ſummam exhauriret; nullum ad principia revocaret, quin ſimul tanta perſpicuitate donaret, ut intelligi poſſet ab omnibus. Quo ipſo laudatum compendium ad eum felicitatis ſeſe evexit faſtigium, ut, quod reliquis Compendiis accidere vix ſolet, per ſe tale extet, quod omnes adpetant; quodque noſtra adhuc ætate inter hominum ma-

)( 5 nus

nus verſetur. Quod igitur alii Juris Doctores & diſcipuli gloriæ ſibi ducunt, ut, præter venerationem, quam Struviano nomini ſe debere intelligunt, ſcriptorum ejus memoriam conſervent, &, ne Struviana Jurisprudentia e manibus extorqueatur, ſigillatim caveant, id & mihi committendum, adeoque eo allaborandum putavi, ut meum ſuffragium eorum judicio adſcriberetur. Præſertim, cum juſſu Sereniſſimorum Ducum Saxoniæ hanc juris partem mihi mandatam ſentiam, ut Vobis, ſuaviſſimi Commilitones, prima Jurisprudentiæ noſtræ elementa explicarem, & rationem, difficultates in ſtudio juris obvias vincendi, exponerem. Qua parte negare non poſſum, me animum intendere præprimis, ut civilis ſapientia Vobis res potius judicii, quam memoriæ videatur, & præcavere ſedulo, ne ex farragine concluſionum ſæpe vix cohærentium jus noſtrum æſtimetis, ſed potius ex genuinis principiis, quæ ſit legum efficacia, quidve Jurisprudentia

tia ad fontes revocata cum jucundi, tum utilis, ſpondeat, cognoſcatis. Hac vero ratione expertus ſum, eſſe quædam, quæ ad Struvii Jurisprudentiam, quam explicare ſoleo, annotari eo nomine merentur. Sed expertus etiam ſum, multum temporis impendendum eſſe, ſi, quæ memoriæ mandanda erant, in calamum dictarem. Malui igitur, ob temporis lucrum, ut annotationes typis chartæ imprimerentur, ea quidem ratione, ut duplex vobis oriretur emolumentum, alterum, ut tempori parceremus, alterum, ut ex perpetua Struvianæ Jurisprudentiæ cum obſervationibus meis collatione nihil vobis incognitum maneret, quod ad Jurisprudentiæ noſtræ vel dignitatem vel amplitudinem vel illuſtrationem vel applicationem in foro pertinere videretur. Atque inde præſens libellus eſt enatus. In quo, quid ego præſtiterim, ipſi diſpiciatis. Alios, qui alienis laboribus invident, nec tamen ipſi ad Jurisprudentiam quicquam conferunt, non moror. Vobis enim,

quic-

quicquid hoc ſcriptionis eſt, conſecratum eſſe cupio. Vos igitur uti his, Veſtroque favore me complecti non dedignemini, qui totus in eo ſum, ut Veſtris inſerviam commodis, idque agam ſedulo, ut veſtri in me affectus Vos nunquam pœniteat. Dabam Ienæ d. IX. Maji MDCCXXXVII.



*B. C. D.*

Annotationes
ad

# Struvii Jurisprudentiam Romano-Germanicam Forensem

## Lib. I.

## De Jurisprudentia & Jure in genere, in specie De Jure Personarum.

### Tit. I.

### De Jurisprudentia ejusque fine Justitia.

### Aphor. I.



(DIVINARVM ATQVE HVMANARVM) Mire se torquent Doctores, ut veram divinent causam, quæ JCtum moverit, ut rerum divinarum in definitione faceret mentionem. Ast nodum in scirpo quærunt, Arctissimus enim ille, qui Juris

 artem

artem inter & Doctrinam Moralem semper adfuit nexus, exorta semel inter Justitiæ & Sapientiæ sacerdotes invidia, & æmulatione, eum præsertim, postquam Philosophi vitam agere cœperant, a virtutis via longe aberrantem, producebat effectum, ut justam Juris Consulti habere crederent causam, cur meliori jure eandem, quam de præceptis suis sperabant Philosophi, Jurisprudentiæ vim tribuerent; eaque ad suam transferrent artem, quæ Philosophorum propria erant. Assumto itaque generali Principio, quod veram, non simulatam profiterentur Philosophiam *L. I. §. 1. D. de Justit. & Jur.* facilis ad alia erat progressus. Igitur I) Philosophiæ definitio applicanda erat ad Jurisprudentiam, ceu ex collatione *L. X. D. de Justit. & Jur.* cum loco CICERONIS *Lib. II. de offic.* & SENECAE *Epist. LXXXIX.* apparet, ne plus illi, quam huic inesse videretur. II) Finis Philosophiæ, cum esset virtus, Justitiæ etiam, quam finem Jurisprudentiæ venditant, definitio ita erat concipienda, ut appareret, eam, qua virtutem, in mente esse collocandam, vi *d. L. X. eod.* III) In varias porro, cum virtus abiret species, quæ omnes tamen ad caput justi, honesti, & decori revocari possent, tribus præceptis juris, quæ Stoicorum virtutes cardinales indicarent, in *d. L. X.* opus videbatur Confer. THOMASII *Not. ad Institut. eod.* Inde IV) causa non est e longinquo arcessenda, cur jus boni & æqui ars nominetur in *L. I. Eod.* ut nempe dubium non esset, quin leges officia humanitatis, & æquitatem naturalem non impedirent, sed adjuvarent.

rent. Et quis ibit inficias, quod V) ex eadem ratione legis definitio ex Chrysippi commentariis in *L. II. D. de Legib.* migraverit. Plura vide in EVERARDI OTTONIS *Orat. de vera non simulat. JCtor. Philosophia, & Programm. nostr. de ficto JCtor. Veter. duplici officio.*

CIRCA DIVINAS) Ab isto itaque veterum ICtorum instituto, si discedamus, remque ipsam spectemus, diuinas res, quatenus exterius sese exerunt, legis objectum esse posse & debere, palam est. Nunquam enim salva majestate ab officio summi Imperantis avelli potest Jus circa sacra. Id enim cum absolvatur I) jure publice doctrinam approbandi & formulam præscribendi, secundum quam publice doceatur, II) jure erigendi scholas, in quibus cives tempestive veros de Deo conceptus addiscant, III) jure externum cultum ordinandi; quis dubitat, quin ea omnia fiant Reipublicæ causa. Ut igitur graviter errant, qui ea jure magistratus competere negant, & duplicem Principi personam, alteram Principis, alteram Episcopi, affingunt, castigati eo nomine ab HERTIO *in Diss. de superior. territ.* §. *XIII.* & BOEHMERO *in Jur. Eccles. Protest. Lib. I. tit. XXXI* §. *XLI. sqq.* ita certo certius est, quod jus sacrorum Principi competat, ut tali, solitarie & independenter. Imo illud ipsum jus disertis verbis a superioritate territoriali derivat *Instrum. Pacis Westphalic. art. V.*

## Aphor. II.

DIRIGANTUR) Haud itaque is legum est finis, ut subditi virtuosi fiant, sed hoc legislatori jam

 sufficit,

sufficit, si legibus conformationem actionum externam ad normam præscriptam efficiat, utut subditos spes præmii vel metus pœnæ ad hoc obsequium proclives faciat. Inde patet 1) Frustra leges præscribi intellectui, quippe qui omnis coactionis est impatiens. NOODTIUS *de religione ab imperio gentium libera.* 2) Legis objectum eas solum actiones esse, quæ nostri sunt arbitrii. 3) Non esse necesse, ut lex ratiociniis muniatur. SENECA *Epist. XCV.* 4) Ea tamen legislatorem adhibere debere media, sine quibus finem consequi nequit, ideoque præmiis ornare bonos, pœnis coercere malos cives *L. I. §. II. D. de Justit. & Jur.*

## Aphor. V.

CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS) Et sic certe patet, Ulpianum cogitare justitiam internam, quatenus in virtutis habitu consistit. Ipsa enim virtus ex suffragio eorum, qui Stoicam Philosophiam sectantur, constans & perpetua vitæ ratio est, atque sic felicitas non in usu, sed possessione virtutis est, non in actione, sed habitu, quod ex Stoicorum placitis cum Ulpiani definitione collatis probat BOEHMER *Programm. de Philosophia JCtor. Stoic.* Compara GOTTLIEB SLEVOGTII *Collection. Opuscul. de Sectis & Philosophia JCtorum.*

## Aphor. VI.

SEU COMMUTATIVA) Tam varia ratione JCti justitiam distinguere cœperunt, ita a Scholasticis edocti. Sed

Sed præter necessitatem, & nullo Jurisprudentiæ emolumento. Nec Grotius rem conficit, distinctione in Justitiam Expletricem & Attributricem, in istarum locum substituta. Quæ enim jure imperfecto debentur, non sunt objectum Jurisprudentiæ. Hæc meum & tuum respicit, & in iis versatur, quæ jure perfecto ab aliis exigere possum. Non itaque honorum præmiorumque distributio, non onerum impositio per se ad JCtum spectat, sed eatenus solum ejus officium ingreditur, quatenus lex de iis disponit. Quod si vero lex eorum intuitu aliquid determinat, legem præcise sequi debemus, nec ulla licita est prosopolipsia, nisi quam lege permittente exercere possumus, (vid. FRANCKENSTEINII *Dissert. de prosopolipsia in Jur. licita.*) Imo hæc ipsa etiam in pœnis infligendis cessat, nisi lex hoc disertis verbis JCto indulgeat, ut justum & probabile arbitrium sequi possit. Quo ipso, cum JCtus nunquam mitior aut durior lege esse possit, omnis justitiæ distinctio, quatenus ad Jurisprudentiam applicatur, cum ipsa proportione Geometrica & Arithmetica corruit. vid. LEYSERI *Spec. I. med. 3.*

## Aphor. IX.

SUNT CONSIDERANDAE) Imo requiritur, ut legem primo intelligamus, nec verbis inhæreamus, sed vim potius & efficaciam perscrutemur. *L. XVII. D. de Legib.* Cui fini inservit INTERPRETATIO, de qua infra. Postea, si legis sensum nullæ amplius circumdent tenebræ, actio ipsa, de qua jam quæritur, est examinanda, atque ex circumstantiis, quæ

illam praecedunt, concomitantur, & sequuntur, judicandum, an & quatenus legi subsit. Quod vocatur APPLICATIO. Atque hæ sunt partes Jurisprudentiæ, sororio quasi vinculo ita junctæ, ut, qui alteram negligat, nomen & dignitatem JCti vix tueri possit. Unde, qui leges solum scit, Legulejus, qui vim & efficaciam earum tenet, Jurisperitus, qui soli actui litigandi tempus dedicat, nec tamen legum sensum curat, Rabula jure meritoque vocatur.

## Lib. I. Tit. II.

## De Jure in genere.

### Aphor. I.

JUS) Cujus variam significationem exhibet *L. XI. sq. D. de Just. & Jur.* Hic pro lege sumitur, utut proprie complexus omnium legum jus dicatur. Liceat autem definitionem Auctoris ita supplere, quod LEX sit jussus superioris post publicationem rite peractam subditos ad obsequium obligans, quo appareat I) Legem differre a pacto & consilio. Id consensum præsupponit, hoc rationibus stabiliendum est, nec obligat HOBBES. *de Cive. cap. XIV. §. I. sq.* THOMASII *Fundam. Jur. Nat. & Gent. Lib. I. c. V.* II) Superiori & pari legem non præscribi, sed obligationem imponi, interveniente pacto, quare leges fundamentales proprie non sunt leges. III) Leges non obligare, nisi eos, qui superioris imperium venerantur. Nil tamen interest, utrum qualitatem subjectitiam expresse receperint, an ad tempus in Republi-

Republica commorentur. Nam & qui contrahunt, testantur, succedunt, & delinquunt, leges nostras sequuntur. IV) Non itaque obligare legem ipsum superiorem *L. XXXI. D. de Legib.* Et licet ipsi integrum sit, iis se sponte subjicere, quod Romanos Legislatores fecisse nonnunquam ex *§. VIII. J. quib. mod. testam. infirm.* constat, inde tamen regula desumi nequit, quod Principum negotia privata semper æstimanda sint ex jure privato. V) Legem rite non promulgatam non obligare, imo VI) ne existentiam ejus quidem præsumi. Unde, qui in privilegio vel consuetudine se fundat, eam & allegare & probare debet. VII) Obligare tamen statim post publicationem, nisi Princeps spatium intermedium concesserit. Terminus enim duorum mensium in NOVELL. *LXVI. cap. I.* non est universalis, ut ex NOVELL. *LVIII. & CXVI. c. XXXII. de Præbend. in 6to* apparet. VIII) Legem solum obligare in futurum, non in præteritum *L. VII. C. de Legib.* nisi Princeps aliud expresse velit. IX) Omnem legem imponere præcisam necessitatem aliquid faciendi vel omittendi, quod olim nostri arbitrii erat, atque sic X) nullam legem esse absque obligatione. Utut enim de lege permittente dubitant, an obliget, cum facultatem solum concedat, aliquid faciendi, TITIUS *ad Pufend. de Offic. hom. & civ.* certo tamen certius est, eam non subditos solum obligare, ne alium in exercitio juris permissivi turbent, sed & eum ipsum, in cujus favorem est concessum, obligare, ne exercitium juris ultra permissum extendat. Et sic cum abusus,

tum contraventio iuris permiſſivi amiſſionem operatur.

## Aphor. II.

STATVM REIPVBLICAE) Idque cum nexum Imperantium & ſubditorum determinet, atque, quæ jura Imperanti privative conceſſa, quæ denegata, & quæ non niſi præſcitu & conſenſu Statuum expedienda, extra controverſiam ponat, non niſi ex Legibus fundamentalibus, quæ Reipublicæ propriæ ſunt, neutiquam vero ex peregrinis legibus, quippe quæ citra ineptitudinem vix applicari poſſunt, addiſcendum eſt.

## Aphor. III.

DICTAMEN RATIONIS) Hoc principium cognoſcendi voluntatem divinam univerſale, omnibus hominibus commune, & perpetuum eſt. Quare I) nullus homo ab obligatione Juris Naturalis eſt exemtus, II) ejus obligatio eſt perpetua, nec III) a Legislatore humano tolli poteſt, imo IV) quousque homines rationales erunt, reſpectu ipſius Dei, immutabile & indiſpenſabile eſt. THOMASIVS *Jurispr. Div. Lib. I. c. II. §. XCVIII. ſqq.* Quia vero Deus, legem hanc cordibus inſcribendo, ad homines ſolum, qua homines, non qua cives reſpexerit, ipſumque ideo jus Naturæ meris propoſitionibus univerſalibus abſolvatur, humano legislatori facultas non eſt ademta, has propoſitiones pro varietate Rerumpublicarum diverſimode applicandi, hoc ſolum temperamento adhibito, ne obligationem Juris Naturalis plane tollat. vid.

WERL-

WERLHOFII *Dissert. de potestat. Legislat. human. circa ea, quæ sunt Juris Natur.* Quodsi itaque Leges divinas Judæis latas, sive Politicas, sive Ecclesiasticas, spectes, alia dicenda erunt. In his enim condendis, cum Deus peculiarem Rempublicam respexerit, facile patet, nullam eis inesse obligationem, a qua Legislator homo recedere non possit. Imo quæstionem de revocandis his legibus in Respublicas Christianorum tamdiu otiosam judico, quamdiu id non egerunt Principes Christiani, ut suæ Respublicæ ad formam Reipublicæ Judaicæ componerentur.

## Aphor. IV.

QVO SPECTAT DEFINITIO VLPIANI) ...no non spectat. Sed desumta potius est ex principiis Philosophiæ Stoicæ, quam JCti plerique, ne cam omnes, amplectebantur. Omnes enim ...imas ex anima mundi cum derivarent Stoici, ut ...stiis quoque rationem practicam tribuerent, & eas ...b obligatione Juris Naturalis comprehenderent, ...cesse erat, vid. MERILLII *Lib. I. Obs. XI.* ...rum cum bestiæ nesciant, quid agant, &, quicquid agunt, ex necessitate agant, nulla legis obliga... in bruta cadere potest.

## Aphor. VI.

AGENDVM ESSE COLLIGVNT) Parum sibi ...stare videtur Justinianus in definitione Juris ...ntium. Quod enim antea in §. *II. J. de Jur. ...tur. Gent. & Civil.* ex naturali ratione deduxe... id mox §. *III. Eod.* juribus civilibus haud ob-

A 5 scure

ſcure annumerat. Certo vero certius eſt Jus Gentium ſpeciem Juris humani eſſe non poſſe, cum gens genti ob deficiens Imperii & ſubjectionis vinculum legem cum effectu præſcribere nequeat. Neceſſe itaque eſt, ut, quia tertium non datur, ſit ſpecies Juris Naturalis, atque huic non contradiſtinctum, ſed ſubordinatum, id eſt, ipſum Jus Naturæ actionibus gentium accommodatum, THOMASIVS *Jurisprud. Divin. Lib. I. cap. II. §. CII. ſqq.*

## Aphor. VIII.

COMMODVM ET SALVTEM) Inde I) tot dantur jura humana, quot ſunt Reſpublicæ. II) Periculoſum ſemper eſt, Juri unius Reipublicæ in altera Republica obligationem concedere, idque Romanos ſuo damno didiciſſe, poſtquam leges Græcorum ſuas fecerant, jam Phavorinus Philoſophus apud GELLIVM *Noct. Attic. Lib. XX. c. I.* & poſtea THOMASIVS *in Nævis Jurispr. Ante Juſtin. & Diſſertat. annexa* loquitur, Germanos vero jurium peregrinorum receptionem dolere, experientia docet. III) Jure peregrino recepto ejus tamen obligatio ulterius extendi nequit, quam quatenus ſtatus Reipublicæ permittit, & ſic IV) deciſiones, quæ in rationibus peculiaribus ſe fundant, quas Reſpublica, quæ leges recepit, ignorat, inepte applicantur.

## Aphor. X.

EDICTIS PRAETORVM) Quibus Prætores, quibus vetitum erat, ne leges novas ferrent, id efficere conabantur, ut legum vigorem artificioſo quodam

lam prætextu absque violentia enervarent. In subsidium itaque vocabant æquitatem naturalem, eaque muniti, fictionibus, exceptionibus, novis nominibus, & restitutionibus in integrum legibus civilibus callide derogabant. vid. HEINECCII *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. II. §. XXIV.*

## Aphor. XI.

CONSTITUTIO PRINCIPIS) Quæ generalis rat & specialis. Ad generales pertinebat Rescritum, quod ad instantiam unius partis emittebatur, ecretum, quod fiebat prævia causæ cognitione, ujus exemplum est in *L. III. D. de his, quæ in team. debent.* & Edictum, quod motu proprio rincipis fiebat. In effectu vero, si obligationem ectes, nulla olim hic erat differentia. *L. vet. C. de nstitut. Princip.* Sed hodie Edictum solum, uod omnibus subditis, & Mandatum, quod certis ersonis, vel cuidam civium ordini aliquid perpeo expediendum injungit, legis vigorem habet. ecretum enim vim sententiæ solum habet, & jus cit inter partes, nisi, si Princeps super puncto juris ibio cognoverit, hoc decretum per solennem puicationem cum omnibus subditis communicetur. scriptum ne inter partes quidem jus facit, nisi sit cisivum, quamvis tum decretum magis, quam scriptum sit. Specialis constitutio ad certam um personam dirigitur, & privilegium audit, ibusque expresse annumeratur in *§. VI. J. de r. Nat. Gent. & Civil.* & *L. I. §. II. D. de nstitut. Princip.* Ut autem huic argumento, mitis

miris Doctorum dissensionibus fere obscurato, fiat satis, hanc præstat præsupponere definitionem, quod PRIVILEGIUM sit *lex permissiva, certæ personæ vel rei intuitu aliquid contra jus commune statuens.* Verum & hoc scire juvat, non omnes leges ex motu Principis proprio provenire, sed Principem aliquando legem dicere ex conventione præcedente. Quæ leges cum in effectu ita differant, ut illam Princeps pro lubitu mutare, ab hac non nisi consensu ejus, qui legi occasionem dabat, recedere possit, ita privilegia quoque, quæ partim motu proprio, partim præcedente conventione originem debent, diversæ naturæ esse, nec ea, quæ de una specie dicuntur, ad alteram applicari posse, per se patet. In eo igitur conveniunt I) quod exceptionem faciant a regula, nec ideo præsumantur, sed probanda sint *L. I. D. ad municip. L. unic. C. de thesaur.* II) quod a nemine proficiscantur, nisi qui potestate legislatoria gaudet III) quod concedi non possint in præjudicium alterius Imperantis. Quare ne Imperator quidem in præjudicium Statuum privilegia concedit *Capitul. Leopold.* §. *3. & 44. in fin.* IV) quod non dari possint in præteritum LEYSER *Specim. VI. med. V.* V) Quod odiosa æque ac favorabilia esse possint. Imo de odiosis accepta esse privilegia, Leges XII. Tabb. docent. VI) Quod personam regulariter non egrediantur, nisi rei intuitu sint concessa. VII) Quod tacite non acquirantur, & sic nec præscriptio locum habeat, quia subditorum non est, ut Principem ad legem dicendam cogant. Ipsam quæstionem

:m ex instituto prosequitur THOMASIVS *Differt.* *Præscript. adverʃ. Principem.* VIII) Quod obgationem producant intuitu subditorum, ne prilegiatum turbent, intuitu privilegiati, ut modum :ivilegii servet, neque eo abutatur, neque ei contra:niat *L. II. D de veter.* neque demum ejus non usu ivilegium contemnat *L. I. D. de nundin.* Ubique .im amissio privilegii sequitur. In eo vero differunt, quod privilegium per contractum acquisitum l personas non restrictum perpetuum sit, nec a incipe revocari possit, nisi ob causam publicæ utiatis supervenientis WERNHER *P. V. Obʃ. CXLII.* ) Quod tale privilegium nec Principis successor iiversalis tollere possit, quia factum defuncti præire debet, III) Quod cum jure prohibendi conssum Principi facultatem adimat, simile privileum alteri concedendi. IV) Quod orto dubio efficacia privilegii mens & intentio contrahenım primo inspicienda, deinde ad eas regulas inpretandi recurrendum sit, quas alias in pactionis ambiguis & obscuris adhibemus, cum e conrio privilegium motu proprio concessum eam erpretationem admittat, quam leges obscuræ tulant. Possem plura addere, nisi animus esset, : ipsum argumentum data occasione proxima iosius explanare.

## Aphor. XII.

ACITO SVMMAE POTESTATIS CONSENSV) um, si dicendum, quod res est, quæ de tacito ouli consensu, qui jus faciat inter cives, in *X. J. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* proponuntur,

tur, ad nostram Rempublicam minus apte applicantur. In Democratia enim nil interest, sive lex expressa, sive tacita voluntate innitatur. Ast Principi eo majus ex hac doctrina praejudicium oritur, quo certius est, tacitum ejus consensum fingi, eique obligationem imponi, ut post certum temporis lapsum iis legis vigorem tribuat, quae subditis placuerunt. Sic vero potestate Principis legislatoriae vim fieri, quis non videt? Rem loquitur GRIBNER *Diss. de praejudicio Principum ex abusu juris Justinianei Cap. III. §. II.*

## Aphor. XIII.

ACTVS PLVRES) nec tamen praecise judiciales, id est, Essentiam consuetudinis non ingreditur, ut in judicio contradicto judex pro consuetudine pronunciaverit. Utut enim hoc requiratur a quibusdam WERNHER *P. IX. Obs. CXCIII.* ex inspectione tamen *L. XXXIV. D. de Legib.* quam ex responso Johannis, Episcopi Citriensis apud LEVNCLAVIUM *Jur. Graec. Roman. Respons. Lib. V. p. 323.* emendat GVNDLING in *Gundlingian. P. VII. membr. III. §. XIX.* dilucide patefit, non necessitatis, sed utilitatis, & melioris forsan probationis gratia, actus judiciales requirendos esse.

DIVTVRNITAS TEMPORIS) Sed cum rationabilitas omnibus legibus inesse debeat, nullaque lex legibus universaliter obligantibus contraria esse possit, satius est, si dicas, consuetudinem requirere 1) imitationem frequentem, & 2) Principes voluntatem minimum fictam. Neutrum

rum abesse potest. Et admisso semel in foris nostris argumento de consuetudine, consequens erat, ut Principis consensum fingeremus, cum lex absque Principis voluntate nullam producere poterat obligationem. Interim imitationem plures, eosque uniformes actus æque, ac diuturnitatem temporis jam præsupponere, evidens est ac perspicuum, & quod spatium temporis attinet, in eo consentiunt omnes, Jure nostro triginta annos, annum & diem demum sufficere. Ipsa vero imitatio, quia facti est, probationem prærequirit, quæ, quomodo caute suscipiatur, docet BERGER *Oecon. Jur. Lib. I. Tit. I. §. XIX. not. V.* Sed semel probata consuetudo non Jus impunitatis solum, quod vult THOMASIUS *in Diss. de jure consuetud. & observant.* Sed Jus obligationis producit, ceu probat GUNDLINGIUS *d. l.*

## Aphor. XV.

SUNT RECEPTA) Nolo recoquere ea, quæ ad historiam receptionis spectant, & quæ de auctoritate horum jurium in Germania a CONRINGIO *in tractat. de Origin. Jur. Germ.* KULPISIO *in Differt. Epist. de Germanic. legum veter. ac Romani juris in Republ. nostr. origine, auctoritateque præsenti*, ut & a THOMASIO *in Differt. de rite formando statu controversiæ, an Legum Justinianear. magnus vel exiguus usus sit in Germania*, pluribusque aliis erudite & ex instituto disceptata sunt. Hoc solum moneo, ipsam receptionem utriusque juris, quam rationibus arcanis & politicis originem debere demonstratu haud esset difficile, nun-

nunquam expresse, nec universaliter, nec eliminatis moribus patriis factam esse. Salva & integra manserunt instituta majorum nostrorum in quamplurimis negotiis, quorum notitiam Romani non habuerunt. Compara BEYERI *Præfation. ad Position. Jur. German.* Nec etiam opus est, ut prius in reliquis ad jura recepta confugiamus, quam verba & rationes legum patriarum deficiant. Juris Canonici vero, quis, eam, credit, esse posse auctoritatem, ut falsas ejus ex falsis principiis deductas conclusiones, refragrantibus religionis nostræ principiis, ad negotia Ecclesiastica applicare fas sit. Vid. *nostr. Programm. de auctoritate Legum in German. recept. ex ratione legis & intent. Legislator. dijudic.* quod *Commentario de Constitution. Imper. Roman. omissis* in calce accessit. Ut itaque utrumque jus subsidiarium est, ita inter omnes constat, Jus Romanum in argumento de testamentis & successionibus Canonico, hoc in argumento de matrimonio, juramento & præscriptione Romano præferri. In dubio vero, ubi utrumque jus a se discrepat, Canonico plerumque, ob præsumtam pietatis & æquitatis rationem, primas dari.

## Aphor. XVI.

STATUTA) Quorum efficacia æque ac vis Statutorum a Collegio opificum conditorum fere unice dependet ex conventione. Sunt enim leges conventionales, convocatis omnibus membris a majori parte duarum minimum tertiarum, quæ comparuerunt, confectæ. Hæc tria itaque essentiam

Statuti

atuti ingrediuntur I) ut omnes cives nullo omisso tentur *c. XXVIII. X. de Elect.* II) ut ex iis iæ tertiæ minimum compareant *L. III. de de- et. ab ordin. faciend.* III) ut ex præsentibus ajor pars consentiat *L. XIX. ad municip.* Con- rmatio autem Principis ad essentiam statuti on pertinet. Hoc tamen efficit, ut statutum m legis habeat, & extraneum obliget, BOEH- ER *Dissert. de natura statutor.* LEYSER *Spec. III med. 1. sqq.* Id demum inter statuta civi- tis & opificum interest, quod illa non de rebus lum ad civitatis commodum pertinentibus con- , sed & juri communi derogare possint. Un- vetus proverbium: Willkühr bricht Land- echt. Hæc vero non nisi de negotiis ad com- unem collegii utilitatem spectantibus fiunt.

## Aphor. XVIII.

ÆQVITAS EST OBSERVANDA) Nunquam im tantam JCti juri stricto tribuere voluerunt icaciam, ut humanitatis rationem vinceret. oluerunt potius, ut legum permissivarum præ- ttu quis uteretur ad injuriam aliis faciendam. aserunt honestatem *L. CXLIV. de Regul. Jur. I. §. III. D. de pericul. & commod. rei vend. IV. §. I. D. de alienat. judic. mutand. caus.* 7. Commendarunt æquitatem naturalem *L. C. de Reg. Jur. L. XXI. de interrogat. in jur. ciend.* In usum eandem deduxerunt ipsi in *VII. J. de fideicommiss. hered. L. I. §. IV & . de aqu. & aqua pluv. arcend. L. II. §. V.*

*Eod.* Legis rigorem emolliverunt humanitate in *L. XCI. §. III. de Verbor. Obligat. L. XXIX. §. IV. Mandat. L. XIII. §. VII. de Excusat. tutor.* & sexcentis aliis locis.

## Aphor. XIX.

EST PERPENDENDA) Huic rei comparata est *interpretatio.* Quam ita definio, quod sit *explicatio legis vel termino vel stylo obscuræ, adhibitis regulis Hermeneutica, ex propria verborum significatione, ratione legis & intentione legislatoris, desumta.* Nil vero interest, utrum ipse Legislator, an tertius explicet. Interim præter conclusiones ab Auctore formatas & has addere licet I) Cessare interpretationem, si res clara sit & perspicua, II) Cessare etiam, si lex adeo obscura, ut sensus erui non possit III) Regulas interpretandi ex Legibus non esse desumendas. vid. THOMASII *Diss. de interpretat. beneficior. Princip.* & compara HORNIVM *de interpretatione Juridica.* IV) Declarationem, qua mentem nostram ipsi explicamus, interpretationi esse subordinandam. V) Interpretem legi vim inferre non debere, sed VI) semper doctrinaliter interpretari, sive privatus iste sit, sive legislator. VII) Interpretationem itaque non esse, sed novam legem, quando Princeps legem priorem ad casum, qui sub lege non latebat, extendit, VIII) a JCto studium etymologicum non esse alienum, IX) rationem legis, si legislator expresserit, præcise esse sequendam, etiamsi inadæquata vel spuria sit. X) Tum demum interpretem de suo ingenio aliquid

iid addere posse, si ratio legi non sit addita. I) Plane incognita manente ratione ad probalem legislatoris intentionem respiciendum. XII) emum, si de hac non constet, legi præcise stanim esse. Lex enim, utut dura, sufficit tamen ripta. Ex his itaque & hoc elucere puto, a idioso juris haut vilipendendum esse historiæ antiquitatis studium. Alias, si præsertim de gis antiquæ rigore sermo est, in tenebris palbit.

## Aphor. XX.

OBSERVATVM ET IVDICATVM) Hanc *terpretationem usualem* vocant, eaque principiis ris Romani optime convenit. Tanta enim torum in Republica libera erat auctoritas, ut eorum opinione nemo facile recederet, atque interpretationes prudentum non minimam Juprudentiæ partem constituerent. Quare & Jus vile in *L. II.* §. *V. de Origin. Jur.* Jurisprutia media in §. *III. J. de legitim. agnat. suc-* ipsi vero Juris Consulti juris auctores in *L. III. si pars heredit. L. XXXIX. D. de action. emti* juris conditores vocabantur *L. XXV C. de Proat.* Sigillatim querelam inofficiosi testamenti dentum interpretationi natales debere, probat INECCIVS *Dissert. de lev. not. macul.* Nec er se res habuit tempore Imperatorum. Uteir enim Augustus JCtis ad eum finem, ut lepristino statui Reipublicæ accommodatas, eoi ope corrigeret, & ad præsentem statum dequeret, eo ipso vero legum munia ad se tra-

 heret

heret TACITVS *Annal. lib. I. c. III. Lib. III. cap. LXXV.* Prohibebat ideo, ne judices ab eorum reſponſis recederent §. *VIII. J. de Jur. Natur. Gent. & Civil.* quod a dubiis GOTHOFREDI *in Comment. ad Cod. Theodoſ. Lib. I. Tit. IV.* vindicavit THOMASIVS *de Nævis Jurisprud. Ante Juſtinian. p. 67.* Ratum etiam habebat, ne reſponſa rationibus munirent, quod SENECA *Epiſt. XCIV.* ridet. add. HEINECC. *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. II. §. XXXVII. ſqq.* Quid autem hæc ad Germaniam? in qua tanta nunquam JCtorum fuit poteſtas, ut interpretando & de jure reſpondendo novum jus conſtituerent. Hinc certe, niſi juri ſcripto, rationi & genuinæ interpretationi legum conveniant obſervantiæ, eas ſequi & ſervare non oportet, quod ipſum invictis rationibus evicit GRIBNER *Diſſert. de obſervantiis Collegiorum Juridicorum.*

## Tit. III.

## De Jure perſonarum ſeu ſtatu hominum, indeque veniente prima diviſione.

### Aphor. I.

VEL A JVRE) Status eſt certa conditio, in qua homo vivit, vel ut homo, vel ut membrum ſocietatis cujusdam, cui ſi vel ſponte vel ex inſtituto humano addixit, & vi cujus certis commodis & incommodis particeps fit. In homine, ut homine, conſideranda veniunt diverſa jura, quæ ad ſexum, nativitatem, ætatem, perfectionem-

:ionemque corporis vel animi respiciunt. So-
ietas prima, & reliquarum seminarium, conju-
alis fuit, quæ postea & parentalem & herilem
roduxit. Orta est denique ex pluribus ejus ge-
eris minoribus societatibus civilis societas, sive
.espublica. Inde alia enata jura mariti, alia uxoris,
lia parentum, alia liberorum, alia dominorum,
lia servorum, alia denique Imperantium, alia
ıbditorum. Horum vero, cum iterum innume-
e sint classes, diversa quoque non posse non eo-
ındem esse officia & jura, per se patet. Verum
: hoc extra controversiam est positum, quod una
ersona plures possit sustinere status, atque ideo
iversas diverso respectu recipere obligationes,
ıod ultimum argumentum ex instituto explica-
t HERTIUS *Dissert. de uno homine plures su-
inente personas.*

## Aphor. II.

ALII FOEMINAE) Masculorum & fœmina-
ım diversa jura Doctores quidem duabus hisce
:gulis existimant includi posse; quod masculorum
.elior sit conditio, si de dignitate quæreretur,
eminarum, quando de imbecillitate sexus, deque
ertendo vel reparando damno sermo esset. Ve-
ım conclusiones, quas regulis subjicere solent,
que exempla, cum ipso principio non semper
onciliari possunt, præsertim cum plura fœmi-
ıs tribui videamus jura, quæ ex ratione speciali
rofluxerunt. Quare satius erit, paria fœminarum
: masculorum jura in dubio statuere, diversitatem
rium vero, si quam deprehendimus, vel a di-

versitate sexus, vel ex specialibus & cuilibet Reipublicæ propriis rationibus deducere. Sic enim dubium non est, sexum ipsum in causa esse, quod fœminæ citius pubescant, quam masculi, quodque gentes officia publica masculis magis, quam fœminis destinaverint. Sic Romanos, videmus, Zelotypiæ furore abreptos, varia sexui sequiori ingrata ordinasse argumenta. Sed & hoc deprehendimus, magna illa, sed & sæpenumero absurda, mulierum privilegia obsequio Justiniani in Theodoram originem debere. De prioribus quædam lectu non injucunda protulit LUDWIGIUS *Dissertationibus de SCto Vellejano exule in Germania.* Posteriora per indicem recitavit GUNDLINGIUS *Tom. I. Observ. VIII.* ex quo eadem repetit Illustr. STRUVIUS noster *in Histor. Jur. Justinianei cap. III. §. I. not.* ****** Sine dubio & Germani suas habuerunt causas, cur adeo multa in odium fœminarum statuerent jura in argumento de secundis nuptiis, de successionibus, de cura muliebri, aliisque pluribus.

IN IIS PRAEVALET) Quæstionem, an dentur Hermaphroditi, de utroque sexu æqualiter participantes, Medicis & Physicis decidendam relinquo. Id solum moneo, rem dubio procul futuram esse periculi & abusus plenam, si Hermaphroditorum arbitrio sexus electio committeretur. Quo magis itaque Reipublicæ interest, ut abusus evitetur, & jus tertii quæsitum illæsum maneat, eo majori circumspectione opus est in eligendo sexu, quem Hermaphroditus sequi necesse habeat.

Commit-

Committatur itaque res prudenti Medicorum consilio, adhibeatur prius ocularis inspectio, exigatur ab ipso Hermaphrodito jusjurandum, quod sexum religiose servare velit. Confer. STRYCK. *de jur. sensuum Dissert. I. cap. I. n. 60. seqq.*

JAM NATI ESSENT) Verum pendente graviditatis tempore pendent etiam nasciturorum jura, nec prius actu horum participes fiunt, quam nati & a matre separati fuerint vivi & perfecti. Prius tamen, si aliunde de morte ne probabiliter quidem constet, in dubio præsumitur. Eaque præsumtio non locum solum facit transmissioni hereditatis, sed matri etiam infanticidii suspectæ eatenus nocet, ut nudam ejus assertionem, partum mortuum fuisse editum, vincat, atque hæc ideo purgatorio juramento, vel tortura corroboranda sit, vid. CONSTIT. CRIMIN. CAROLIN. *artic.* CXXXI.

POENA VEL TORTVRA DIFFERATVR) Et poenas quidem, quod attinet, hoc indistincte procedit, modo corpus affligant. Verum enim vero, cum fœminæ sæpenumero non nisi maximo judiciorum incommodo, sive ex alimentandi onere, sive ex sumtibus, custodiæ causæ impendendis, oriundo, detineri possint, placuit Collegio Scabinatus Jenensis plus simplici vice, ut pœnam fustigationis, gravidæ applicandam, eo in casu, si non diu uterum gestavit, ea ratione temperarent, ut alligatis in dorso virgis perpetua absque dispendio perageretur relegatio. Ex medio autem eruendi veritatem, quia pari ratione partui damnum enasci

 potest,

poteſt, non torturam ſolum, ſed & territionem differri, imo ne ad præſtandum quidem juramentum purgatorium gravidam indiſtincte cogi, humanitatis eſt. Nec leges huic opinioni contrariæ ſunt, ceu docet LEYSERVS *Spec. XIV. med. I.*

PRAETERLAPSAE) Verum & tum, quia partus præciſe ratio habetur, pœna ea ratione eſt applicanda, ne per eam alimenta infanti detrahantur CARPZOV *Qu. Crim. P. III. Qu. CXXXVII. n. 22.*

## Aphor. III.

HABEANTVR) Imo præſumtione juris filius ex juſtis nuptiis procreatus legitimus eſt, etiamſi altero poſt nuptias die lucem aſpiciat *L. XI. C. de natural. liber. in fin.* Quæ ipſa præſumtio, utut probationem in contrarium admittat, neque tamen per nudam aſſertionem matris *L. XXIX. in fin. D. de probat.* neque per ſolam contradictionem patris *L. I. §. IV. D. de Carbon. Edict.* licet jurata ſit *c. per tuas X. de probat.* infirmatur, ſed fortioribus argumentis vincenda eſt. Adeoque terminus ſeptimi menſis eo ſpectat, ut 1) parentes evitent pœnam anticipati concubitus WERNHER *P. I. Obſerv. CLIII.* 2) ut omnis probatio in contrarium excludatur, ſi pater concubitum haut neget.

VNDECIMI MENSIS) Sed in legibus allegatis nihil de initio undecimi menſis occurrit. Et, re penitus inſpecta, ne quidem NOVELL. *XXXIX. cap. II.* in qua omne opinionis præſidium collocant malæ cauſæ defenſores, rem loquitur.

uitur. Nec enim hæc argumentatio procedit: ustinianus in Novella partum medio undecimi nensis procreatum illegitimum judicat; Ergo inio undecimi mensis natus est legitimus. Quare ectius dixeris, terminum ad quem legitimorum atalium, finito matrimonio, esse decimum menem. FABROTTVS *Dissertat. de tempore partus umani.* Ipsam rationem menses computandi ollige ex BERGERI *Oecon. Jur. Lib. I. Tit. II. II. not. V.*

NON SVNT LIBERI) Imo ne hominum quiem jura habent. Et sic forsan impune occidi ossunt? De quæstione consilii videant Theologi. De jure pœnam occisori imminere, haud existimo, tut dissentiat STRYCK *in Intereß. controv. cap. I. §. VI. sq.* modo lex peculiaris hanc licentiam on restringat, & monstrum re ipsa sit monstrum. Iam in eo dijudicando non præcise ad formam orporis aut capitis sed ad id potius respiciendum t, an rationis usum habeat. Cæterum nostra pinio non in Legibus solum XII. Tabb. fundata, d dudum defensa est a JCtis Batavis, teste ROTIO *in Manud. ad Jurispr. Batav. P. III. ib. I.*

## Aphor. IV.

VI AVT JVRE PROHIBETVR) Quis vero on videt, hac definitione admissa ipsam servitum libertatem esse. Unde incultam illam deniendi artem merito ridet LEYSER *Spec. I. med.* eum in finem præterea loco allegato evolvens, quia alia plura definitionum in Jure Roma-

no occurrentium vitia collegit. Tu potius nota, aliam eſſe libertatem naturalem, aliam civilem, aliam Civium Romanorum. Iſta conſiſtit in jure independentiæ, vi cujus quis neminem, præter Deum, ſuperiorem agnoſcit: Illa dici quidem poteſt independentia, obligatione tamen, obſequium præſtandi ei, qui Reipublicæ præeſt, circumſcripta. Hæc Quiritibus propria fuit, variisque ſpecialibus abſolvebatur juribus, quæ late proſequitur HEINECCIVS *in Appendic. ad Lib. I. Antiquit. Roman.* §. *XXIV. ſqq.* A natura itaque nulla eſt ſervitus, cum omnes homines ſibi invicem ſint æquales. Non tamen a natura abhorret, pacto accedente ſe ea ratione alterius ſervum profiteri, ut obligationem recipiamus, operas noſtras ad communem ſocietatis domeſticæ utilitatem conferendi. Et prima ſervitus ideo fuit pactitia. Huic deinde ſucceſſit legalis. Perſpecta enim pactitiæ ſervitutis utilitate, coacti ſunt quidam, ut inviti renunciarent libertati civili, & ſtatum ſervilem ab illo plane diverſum ſubirent, qui non privationem ſolum jurium, quæ libertatem civilem concomitabantur, operabatur, ſed, ſi Romanos ſpectes, ad ea etiam jura aditum præcludebat, quæ Quiritibus conceſſa erant. Primus legalem ſervitutem conſtituendi modus fuit captivitas. Eam enim Lacedæmoniis placuiſſe, PLINIVS refert *Hiſtor. Natur. Lib. VII. cap. LVI.* Hos ſecuti Romani, præter captivitatem, alium modum, pœnæ nempe loco, ſervitutem conſtituendi excogitarunt, cujus exempla occurrunt in §. *IV. J. de*

*jur.*

*jur. personar. L. unic. C. de Senatus Conf. Claudian. tollend.* Et cum servi legales invito domino ad libertatem adspirare haut possent, factum est inde, ut nativitate etiam statum suum cum posteris communicarent.

## Tit. IV.

## De secunda personarum divisione & de potestate dominica.

### Aphor. II.

POTESTAS DOMINICA) In dijudicanda servorum Romanorum conditione, ut per innumeras, quæ in Corpore Juris extant, nos diffundamus conclusiones, vix est necesse. Majorem utilitatem præstat generale hoc, ex quo omnia prono alveo fluunt, principium: Servos fuisse res & partem patrimonii. Clare rem loquitur VLPIANVS *Fragmentor. Tit. XIX. §. I.* Ex eodem principio, Antonini Pii constitutiones, quibus dominorum in servos sæviendi compescebat licentiam, Justinianus, promanasse, ait in §. *I. J. de his, qui sui vel alien. jur. sunt.* Reipublicæ enim interesse, judicat, ne quis re sua male utatur. Quin imo effectus etiam certissime de sua testatur causa. Servi poterant vendi, donari, legari, occidi, sibi nil acquirebant, matrimonium non contrahebant (quod argumentum ex antiquitatibus explicat GVNDLINGIVS in Meditatione *de contubernio servorum*, Gundlingianis inserta) a jure contractuum arcebantur, partus ancillæ ventrem

ventrem sequebatur, nonnisi volente & consentiente domino statum mutabant, & quæ sunt id generis alia. Sed vel nimia dominorum tyrannis, qui omnis humanitatis ignari, & misericordiæ obliti, in servos supra modum sæviebant, vel, quod magis probabile, mutata Reipublicæ Romanæ facies, Imperatores movit, ut dominorum licentiam legibus restringerent, eorumque jura ad æquitatis rationem revocarent. Quo ipso melior in dies servorum facto est conditio. Hoc Claudius egit teste SVETONIO *Claud. cap. XXV.* In eo occupata fuit Lex Petronia *L. XXIV. D. de manumiss.* Servis etiam prospexit Hadrianus vi *L. II. D. de his, qui sui vel alien. jur. sunt*; add. SPARTIANVM *cap. XVIII.* Hujus vestigia iterata vice pressit Antoninus Pius d. *L. II. de his qui sui vel alien.* *§. I. J. Eod.* Marcus quoque Imperator hoc argumentum tetigit in *L. V. D. de accusation.* Idem fecerunt sequentes Imperatores, quorum rescripta collegi in *Constitut. Imper. Romanor. omiss. Manip. I. Obs. II.*

## Aphor. III.

APPLICARI POSSVNT) Imo potius, quid servus mercenarius domino præstare debeat, unice ex pacto dependet. Nec enim dominus ejus opera alia ratione utitur, quam quatenus servus eam promisit. Cæterum sibi acquirit, omnibusque juribus liberorum hominum fruitur. Jus emendationis domesticæ tamen, sive facultatem castigandi & emendandi famulum mercenarium dominis competere, uno fere omnes profitentur ore. Limi-

Limites autem hujus juris nemo magis accurate determinat, quam LEYSER *Spec. XIV. med. IV.* dum recte statuit, dominum a duobus cavere debere, primo, ne famam, secundo, ne valetudinem servi lædat. Id, si negligat, actione injuriarum tenebitur, hoc, si non curet, de omni damno respondebit.

## Aphor. IV.

DISCERNENDA VENIT) Sunt homines proprii servi legales Germanici, neutiquam vero jure servorum Romanorum æstimandi. Nexum eorum cum dominis describit TACITUS *de morib. German. cap. XXV.* Domini vero iis utebantur vel ut ministerialibus, qui domino & familiæ, & domi, & ruri, & militiæ inserviebant, qui Gasindi nominabantur, vel ut colonicis, qui certis agris fundisque colendis adscripti erant, serviles appellati, & domino ad præstandam mercedem aut fructuum partem obligati GAERTNER *ad L. Frision. p. 14.* Priores neque antiquissimis temporibus in usu fuisse videntur, neque ad nostra tempora pervenerunt. Non dubito tamen, quin ab his derivandum sit jus illud dominorum jurisdictionalium, in Saxonia Electorali publica lege, scil. in ORDINAT. POLITIC. *de anno 1661. tit. XXIII.* approbatum, der Dienstzwang, vi cujus rusticorum liberis operas suas extraneo addicere prius non permittitur, quam eas domino per certa temporum intervalla præstiterint, vel ejus minimum consensum in discessum impetraverint. Confer. *Introd. nostr. ad Jus Saxon. P. I.*

*Exerc.*

*Exerc. VI. §. IV. sqq.* Posteriores hodie in pluribus provinciis supersunt, in Lusatia, Marca Brandenburgica, Westphalia, Palatinatu, Ducatibus Luneburgensi, Brunsvicensi, Megapolitano, & Holsatico. Nec Poloni, aliique gentes, quæ olim Slavici juris erant, ejusmodi servos ignorant. Utut vero eorum una eademque non omni tempore fuerit conditio, ceu collatis eorum per plura secula diversis juribus perspicue demonstrat BOEHMER *Dissert. de jur. & statu hominum propriorum*, atque sic hodie primario respiciendum sit ad ordinationes Provinciales & locorum consuetudines; in eo tamen antiquam omnes retinuerunt conditionem, quod in patrimonio & proprietate dominorum sint, prædiisque, quæ colunt, & ex quibus domino canonem præstant, perpetuo & inseparabiliter addicti. Quare & glebæ adscripti vocantur. Habent igitur propria quidem bona, sed consensu demum domini, ejusque præscitu alienabilia. Legem meliorationis in iisdem agnoscunt, domicilium non mutant, sed vindicantur, venduntur, permutantur, servilia præstant obsequia, census exsolvunt, matrimonia neque cum ingenuis, neque cum alterius domini hominibus propriis inconsulto domino suo celebrant, imo & consensum domini in nuptias exsoluto maritagio emunt, domino partem hereditatis relinquunt, de quo argumento HARPRECHT in *Dissert. de jur. mortuario* egit, obsequium denegantes, & in præstationibus atque cultura agrorum negligentes fundum amittunt, sie werden

abge-

abgedusset, liberi eorum & posteri eundem statum continuant, ad libertatem invito domino non adspirant, eamque pretio interveniente, gegen gebührenden Abtrag der Leibeigenschafft, emunt. Reliqua taceo, quæ tamen ex præmisso principio facile deducuntur. Hoc solum moneo, causam religionis per Pacem Westphalicam adeo esse privilegiatam, ut dominus facultatem emigrandi hominibus propriis denegare neutiquam possit.

## Aphor. V.

LIBERI HOMINES SUNT) In rusticis nostris statum antiquorum in Germania libertorum & servorum manumissorum conservari, pro certo habeo. TACITUS, dum in tract. *de morib. Germanor. cap. XXV.* libertorum meminit, eos non multum supra servos fuisse addit. Nec absque causa. Servi enim manumissi ratione personæ plenam acquirebant libertatem, & ingenuorum fere conditionem intrabant, nec dubitat ideo Compilator Juris Saxonici antiqui, quin eos in JURE PROVINC. *Lib. II. art. II.* inter ingenuos referat. Non tamen omnis ideo cessabat nexus libertorum cum domino, sed quasi in compensationem beneficii, per concessionem libertatis præstiti, certa recipiebant onera, & obsequiales operas, inter quas & necessitatem refero, dominum in bellum euntem comitandi. De iis enim accipio LEGEM SALICAM *Tit. XXVIII. cap. I.* atque clientes illos, nec non ambactos, quorum meminit JULIUS CAESAR *de Bello Gallic. Lib. III.* *cap.*

*cap. XXII. Lib VI. cap XV* ex classe libertorum fuisse, non absque ratione auguror. Cæterum res suas liberti separatas habebant Prædiorum vero intuitu si quæ ex Domini beneficio posside-rent & colerent, certum exsolvebant censum, certasque recipiebant patrimoniales præstationes. Sed jam ante me, collata antiquorum libertorum & rusticorum nostrorum conditione, veritatem illam, quod parum discriminis inter utrosque intercedat, a dubiis vindicavit THOMASIUS *Diss. de hominib. propriis*. Quod autem post varia temporum intervalla in prædiis liberiori uterentur jure, eaque quasi propria habere inciperent, id, existimo, partim a natura ususfructus Germanici, quam delineavit SCHILTER *Exerc. VII. per tot.* & BEYER *Jur. German. Lib. II cap X.* partim a commixtione Juris Germanici cum Romano, & incauta argumenti de emphyteusi Romana ad prædia rusticorum nostrorum applicatione derivandum esse, Conf. nostram *Introduct ad Jus Saxonic. P. II. Sect. II. Exerc. III. §. XIX. sqq.* De vario vero nexu, quem rustici prædiorum intuitu subeunt, commodior alibi erit dicendi occasio.

VARII SUNT GENERIS) Hanc rem ex instituto pertractavit BEYER *Jur Germanic. Lib. I. cap. V. & VI.* Sunt autem vel personales, vel reales, sive patrimoniales. Illæ, sive jumentis, sive manu præstentur, regulariter rem rusticam respiciunt. Et has, quia ex ipsa antiquitate originem trahunt, indubio præsumendas esse, non sine causa reor.

Quæ

Quæ vero præterea a rusticis exiguntur operæ personales, Baufrohnen, Wachdienste, citra pactum vel legis dispositionem haut debentur. Et, si debentur, strictam omnino desiderant interpretationem, ut minimo, quam fieri potest, rusticus damno afficiatur. Quare servitia, ad reparandum vel exstruendum domini castrum præstari solita, in dubio de sola habitatione accipienda esse monet CARPZOVIUS *Lib. I. Resp. LI.* Excubias item ægrotante domino vel ejus uxore agendas, ad dominam puerperam extendi posse negat LEYSER *Specim. XIV. med. III.* Operæ porro certæ in alias, quantumvis similes, converti nequeunt, nec in pecuniarias præstationes mutari, nec de loco ad locum extendi. Porro, si exactæ non sunt, in sequentem annum non possunt rejici CARPZOV. *Lib. I. Resp. LVI. & LVII.* & pro operis non exactis dominus satisfactionem frustra urget WERNHER. *P. VII. Obs. CLXXI.* Reales deinde operas quod attinet, illæ vel in frumento, vel in pecudibus, vel in pecunia præstari solent, de quibus vide BEYERUM *d. l.* Pertinent huc etiam decimæ tam seculares, quam Ecclesiasticæ, quarum originem & naturam ex antiquitatibus eruit BOEHMER *Jur. Eccles. Lib. III. Tit. XXX.* & *in Dissert. de præscriptione decimarum.*

INTELLIGENDAE) Generatim vero dominum, in exigendis operis indeterminatis, humanitatis & æquitatis rationem observare, nec prætextu juris sui omnem, rusticis, sibi acquirendi, & prædia colendi, occasionem præripere debere, & res ipsa postulat, & domini proprium commodum suadet.

# Tit. V.
# De patria Poteſtate.
## Aphor. II.

CONSISTIT AUTEM PATRIA POTESTAS) Cum Jurisprudentiæ hodiernæ maximopere interſit, ut probe ſecernamus ea, quæ Romanorum inſtitutis unice conveniunt, ab iis, quæ cum Germanorum moribus concordant, quandoquidem alia ratione neque inextricabilis diverſorum jurium confuſio, neque perniciosiſſima legum applicatio evitari queat, in argumento certe de Patria Poteſtate cavendum eſt ſedulo, ne nimia juris Romani veneratio incautos a vero tramite deducat. Ipſe Juſtinianus fatetur in *§. II. J. de Patr. Poteſtat.* Jus poteſtatis, quod in liberos habuerunt Romani, proprium fuiſſe civium Romanorum, nec alios fuiſſe homines, qui talem in liberos habuiſſent poteſtatem, quam Romani. Quale ergo jus fuit Patria Poteſtas Romanorum? Pluribus verbis eius naturam indicat DIONYS. HALICARN. *Antiquit. L. II. c. XXVII. & XXVIII.* quem locum integrum dedit THOMASIUS *in Diſſ. de quaſi emancip. Germanor. §. III.* Uno verbo eam majeſtatem patriam nominat VALERIUS MAXIMUS *Lib. VII. cap. VII. n. 5.* Invictiſſimis rationibus porro, patriam poteſtatem dominium in liberos proprie ſic dictum fuiſſe, demonſtrat BYNCKERSHOECK de *jure occidendi liberos Oper. Tom. II. p. 110. ſqq.* Ut me paucis expediam, Patria Poteſtas Romanorum erat dominium

minium patri competens in personas & bona liberorum, ad communem familiæ utilitatem. Liberi igitur rebus annumerabantur, CAJUS *Lib. I. Institut. Tit. VI. §. III.* & servilis conditionis erant, SERVIUS *ad Virgilium L. XI. Æneid. vers. 143.* Imo deterioris adhuc in quibusdam conditionis, quam servi. Servus enim semel adepta libertate liber manebat. Liberi autem a patre venditi & iterum manumissi in potestatem patris recidebant, & impetrata tandem tertium libertate ex potestate patris exibant HEINECCIUS *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. IX. §. VI.* Servus etiam permissu domini de peculio testabatur, liberi non æque, *pr. J. quib. non est permiss. fac. testam.* Res itaque cum fuerint liberi, quid mirum, quod pater eos vindicare, *L. I. §. 2. D. de Rei vindic.* exponere, vendere, occidere, omniaque ea decernere potuerit, quæ de re, quæ in nostro dominio est, licent? quamvis, ne quid dissimulemus, ad necem liberorum progressum esse patrem absque ratione, vel ideo vix probabile est, quia frequentes Romæ erant arrogationes, in quas procul dubio nemo facile consensisset, si adeo crudele jus fuisset patria potestas, ut sola sævitia fuisset conspicuum. Quid porro mirum, liberos nil habuisse proprii, sed omnia patri acquisivisse? Quid mirum, Patris potestatem fuisse perpetuam, nec unquam expirasse, nisi volente patre? Quid mirum, quod non in liberos solum primi gradus, sed in nepotes quoque, pronepotes & abnepotes patri potestas competierit, *§. III. J. de Patr. Potest.* cum natu-

rale ſit, ut ejus ſit acceſſorium, cujus eſt res principalis. Verum & hoc ex definitione patet, matri in liberos nullam competiiſſe poteſtatem, cum & ipſa in poteſtate eſſet mariti, nec melior ejus, quam liberorum, conditio, quod contra Thomaſium evicit HEINECCIUS *d. tr. Lib. I. Tit. X. §. VI. ſqq.* Solæ publicæ cauſæ patris poteſtati erant exemtæ, earumque intuitu filius familias habebatur pro patre familias. *L. IX. D. de his, qui ſui vel alien. jur. ſunt.* Quam varia vero ratione mutato Reipublicæ ſtatu jus patris fuerit circumſcriptum, id ab aliis ſatis actum ſtudio omittimus.

USUMFRUCTUM HABET) Ad hos quidem cancellos, ſublato plane jure ter venundandi liberos per *L. I. C. de patrib. qui filios distraxer. L. I. & II. C. Theodoſ. de aliment. quæ inop. parent. e publico peter. deb.* revocata eſt patria poteſtas, ut omne jus patris in liberorum perſonam in facultate caſtigandi, ſi de negotio domeſtico ſermo eſſet, deſineret, jus puniendi filium delinquentem vero magiſtratui relinqueretur *L. unic. C. de emendand. propinquis*, jus e contrario in bona liberorum ſolo uſufructu abſolveretur. Reliqui autem Patriæ Poteſtatis effectus mutationi haut fuerunt obnoxii, & cum ipſo Jure Romano ad noſtra uſque pervenerunt tempora, nec exiguam auctoritatem in decidendis Germanorum controverſiis, applaudente Doctorum turba, ſibi vindicant, qua de re ſingulis locis videbimus. Quicquid tamen ejus rei ſit, jura patris Romani cum matre

matre nunquam communicarunt *§. X. J. & L. V. C. de adoptionib.* At Germani mitiores fuere, & prærogativam quidem illam, quæ patri, ut capiti familiæ debetur, omni tempore agnoverunt, nec ideo dubitarunt, quin in domesticis negotiis illi decisivum, matri vero deliberativum solum votum assignarent; quosdam etiam effectus potestatis ex Jure Romano descendentes, eos maxime, qui in doctrina de testamentis occurrunt, v. c. tutoris dationem, substitutionem pupillarem, soli patri reliquerunt. Cæterum idem jus matri in liberos competere, quod pater exercet, eo firmiori fundamento defendunt, quo certius constat, hoc ipsum ad juris naturæ rationem quam proxime accedere, ut potestas in liberos jure eos educandi, & actiones eorum ad familiæ & Reipublicæ utilitatem dirigendi absolvatur. Add. LYNCKERI *Diss. de potestate matria.* Educatio vero utrique parentum incumbit, & alimentandi onus complectitur. Quia vero absque imperio neque expediri, neque directio actionum effectum habere possit, sua sponte sequitur, ea a parentibus adhiberi posse media, quæ fini obtinendo inserviunt. Præterea patet, educationis fine cessante, ipsam cessare potestatem, haut vero cessare reverentiam & gratitudinem ex parte liberorum, sed eos beneficium ipsis præstitum per omnem vitam grata mente recolere debere.

## Aphor. III.

POST HVIVS MORTEM MATER) Anne vero pater statim ad subministranda alimenta obli-

gatus est, simulac filius nascitur? Certe *L. I.* §. *XV. D. de agnoscend. vel alend. liber.* non distinguit. Putant tamen nonnulli, auctoritate *L. IX. C. de Patr. Potest.* suffulti, illam generalem dispositionem ita temperandam esse, ut, quod ad tres priores annos, matri soli educatio infantis relinquenda sit, nec ideo stupratorem in alimenta infanti præstanda prius, quam præterlapso illo triennio, condemnari posse. Et hanc opinionem, memini, in Ducatu Altenburgico peculiari Rescripto d. dato d. XX. Decemb. MDCCXXVIII. approbatam, & simul, quod obiter moneo, necessitatem per reliquum temporis spatium spurium alendi, post hujus annum duodecimum patri remissam esse. Sed vidit jam BERGER *Resolutionibus Lauterbach. p. m. 495.* legem Codicis allegatam de alimentis lactis materni accipi debere, ideo autem obligationem patris, reliquos sumtus pecuniarios subministrandi, non cessare. Et hanc interpretationem sequi Legislatores Anhaltinos, testatur ORDINAT. PROVINC. PRINCIP. ANHALT. *Tit. VIII.* §. Wenn aber.

CONCEDITUR) Eadem ratione statuta civitatis Jenensis matri prospicere, cognovi ex Statut. Jenens. *Tit. XXV. cap. I.* §. *VIII.* Nec res ipsa ratione caret, sive fundamentum ususfructus in potestate parentum in liberos colloces, sive eundem in compensationem oneris alendi parentibus assignes. In utroque enim casu mater usumfructum optimo jure sibi vindicabit, cum & eandem potestatem ex Jure Naturali in liberos exerceat, quam

quam pater, & onus alendi liberos in subsidium recipere debeat. Imo ne cessabit quidem ususfructus, etiamsi mater ad secunda vota transeat. Non enim simpliciter mater, quae vitricum liberis superinducit, ab educatione pupilli excluditur, sed personarum qualitatem inspici jubet *L. I. C. ubi pupill. educ. deb.* adde CARPZOV. *P. II. Const. XI. def. XIV.* BRUNNEMANN. *ad L. ult. C. de contr. Tutel. judic.* Quodsi itaque mater educationem liberorum continuare velit, & quicquam illi, ne continuet, haut obstet, nec ususfructus eidem erit denegandus, quem in modum Scabini Jenenses responderunt Mens. August. 1736. In aliis vero provinciis, ubi ususfructus matri denegatur, educatio quidem pupilli matri relinqui solet, non tamen ideo jus fructus ex bonis liberorum indistincte percipiendi, sibi vindicare potest, sed judex potius, ut certam alimentorum causa erogandam quantitatem determinet, adeundus est. Et ita laudati JCti Jenenses pronuntiarunt ad requisitionem der Stiffts-Cantzley zu Quedlinburg M. Maji 1736.

## Lib. I. Tit. VI.

## De Sponsalibus.

### Aphor. I.

MENTIO ET REPROMISSIO) Ergo Sponsalia sunt pactum ab aliis conventionum generibus fine solum differens & effectu. Nec ullam dubitandi video rationem, quare regulae gene-

generales de pactorum validitate & duratione ad pactum ſponſalitium non poſſint vel debeant applicari. Character enim ille ſpiritualitatis, quem Pontificii matrimonio, ut Sacramento, affingunt, & vi cujus cauſas matrimoniales aliter plane conſiderant, quam pactorum natura poſtulat, nec verus eſt, nec a Proteſtantibus agnoſcitur. Et ſi cum Theologis & JCtis Proteſtantium ſpiritualitatem matrimonii, contra genuinam verbi ipſius ſignificationem inde derivare malis, quod jurisdictioni & poteſtati Eccleſiaſticæ ſubjecta ſint matrimonii negotia ex majorum noſtrorum inſtitutis & recepta conſtantiſſima conſuetudine; non tamen ideo ea incaute in foris Proteſtantium ad exemplum ſunt trahenda, quæ reliquias ſacramenti redolent, & a STRYCKIO *in Diſſ. de reliqu. Sacram. in matrim.* enumerantur, nec privilegium fori eam poterit habere vim, ut ſponſaliorum validitas aliunde, quam ex natura pactorum, æſtimanda veniat; Imo ipſa Praxis confirmat, quod in ſponſalibus ea adeſſe debeant, quæ pacta valida reddunt, ea vero obligationi ſponſalitiæ obſint, quæ pactorum efficaciam vel remorantur, vel tollunt. Igitur I) non valent ſponſalia ab iis contracta, qui conſentire nequeunt, II) Dolus & error in eſſentialibus Sponſalia vitiant, III) Conſenſus liber eſſe debet, metusque nulla reddit ſponſalia, IV) Mutuus etiam ſit conſenſus neceſſe eſt. Semel tamen pure datus pœnitentiam omnem excludit, & ſic quidem V) tractatus ſponſalitii non obligant, nec VI) ſub conditione cele-

celebrata prius perfecta sunt, quam conditio existat, non tamen VII) validitati sponsaliorum quicquam decedit, etiamsi consensus cum aliqua celebritate non fuerit declaratus; eatenus vero, si obligationem spectes, pactum futurorum sponsaliorum, ipsumque pactum sponsalitium ab invicem non differunt. TITIVS in der Probe des geistlichen Rechts *Lib. IV. cap. I. §. 6. & 32.* WERNHER *binis Dissertationibus de pactis futuror. sponsalior.* Quæ enim THOMASIVS contra disputat, vix alium casum præsupponunt, quam id inter partes actum esse, ne statim obligarentur. Porro VIII) dubium non est, quin consensus sponsalitius & expresse & tacite declarari possit. Verum & hoc IX) negare non audeo, omnem sponsalia amittere vim, si res postea in eum perveniat statum, unde initium habere non potuit, cum omni obligationi ex conventione insit clausula: rebus sic stantibus, & in eodem statu manentibus. WERNHER *P. III. Obs. CCXXXIV.* Imo X) sponsalia mutuo dissensu iterum solvi, ipsum jus Pontificium agnoscit *c. 2. X. de sponsalib.*

FVTVRARVM NVPTIARVM) Inde satis patet, non dari sponsalia nisi de nuptiis aliquando ineundis, & diversa omnino esse sponsaliorum & matrimonii jura, vid. BOEHMERI *Dissert. de diverso sponsal. & matrimon. jur.* Manent etiam diversa, utut in quibusdam articulis paria uxoris & sponsæ, mariti & sponsi videantur jura. Quæ tamen caveas ad hanc revoces regulam, quod

ſponſus & ſponſa jure conjugum in favorabilibus utantur, cum illa neque univerſe, neque ſemper vera ſit. Hoc autem diffiteri non poſſum, in iis argumentis, ubi eadem matrimonii & ſponſaliorum eſt ratio, cingendum haberi poſſe pro cincto, & ſponſam pro uxore. Sic par ſine dubio adeſt ratio, I) ſi prohibitiones nuptiarum ſpectes, *L. V. & XVI. de ſponſalib.* II) Si ſponſa dotem ſponſo jam intulit, habebit enim de dote actionem, *L. VII. D. de rit. nupt. L. LXXIV. D. de jur. dot.* habebit etiam jus prælationis in bonis mariti, *L. XVII. §. I. de reb. auctor. judic. poſſid.* III) Si violationem fidei matrimonialis ſpectes, & ſic ſponſa alteri copiam ſui faciens adulterium committit *L. XIII. §. III. & VIII. ad L. Jul. de adulter.* Sic etiam duas ſponſas eodem tempore habere non licet, *L. I. de his, qui notant infam.* Sic porro ſponſa deſerta pro conſequendis alimentis in ſponſi bona immittitur *L XV. C. de jur. dotium.* IV) Si præſumtum affectum conſideres. Quare teſtimonium ſponſi vel ſponſæ pro ſe invicem vacillat, in locum actionis furti actio rerum amotarum ſubſtituitur, ſponſo injuriam ſponſæ illatam ulciſci permittitur *L. XV. §. XXIV. D. de injur. J. L. I. §. ult. Eod.* imo reciproca ſucceſſio ſponſo ſponſæve, ſi alii hæredes ab inteſtato deſint, non denegatur WERNHER *P. III. Obſerv. XXXIII.* V) Si liberos ex deſponſatis natos reſpicias. Hi enim tanquam ex legitimo matrimonio nati legitimi habentur per rationem *L. XXX. de Regul. jur.*

SUB

Svb conditione) Quod matrimonium sub conditione possibili promitti possit, nemo negat. Nescio autem, quid in mentem venerit Doctoribus, ut in casu conditionis impossibilis vel turpis adjectæ stricte sequerentur *cap. fin. X. de condition. apposit.* atque illas conditiones, quæ contra leges matrimonii impingerent, sponsalia vitiare putarent, eas vero, quæ legibus in genere contrariæ vel facto etiam impossibiles essent, in favorem matrimonii pro non adjectis haberent. Nam certe omnis doctrina de sponsalibus conditionatis ex natura conventionum conditionalium dependet. Cumque in actibus inter vivos consensus adjecta conditione impossibili vel turpi desit, merito hujus generis conditiones, qualescunque sint, pactum sponsalitium vitiant. Conf. Ludovici *Differt. de condit. sponsalior. impossibil.*

In Ecclesiis) Ita certe nostrates sponsalia de præsenti ab illo actu, quo matrimonium ipsum contrahitur, separant, & sponsalia de futuro a pacto de futuris nuptiis distinguunt, ea quidem ratione, ut huic non sponsalibus de futuro obligationem inesse dicant. Ne vero desint sponsaliorum de futuro exempla, tractatus primo nominant sponsalitios, his sponsalia impuberum addunt, & demum sponsalia conditionata in eandem classem referunt. Incongrue satis, & contra mentem Juris Canonici. Hoc enim jus sponsalia de præsenti, quæ diversum ab ipso matrimonio effectum habeant, penitus ignorat, sponsalia etiam

etiam de futuro, quæ obligationem nullam producant, nescit, sed ista magis sponsalia, quando de futuro matrimonio promissio fit, de futuro appellat, & vera sponsalia *c. II. & XXXII. X. de Sponsal.* Nostrates itaque hic summa imis miscent, cumque ea, quæ de sponsalibus de futuro in Jure Canonico dicuntur, ad nostra sponsalia de præsenti applicare deberent, novam sponsaliorum speciem sibi formant, & definitionem ad ea negotia, quæ Jus Canonicum ne sponsalibus quidem annumerat, applicant, quod perspicue docuit BOEHMER *Diss. de incongr. Prax. distinct. inter sponsal. de præs. & de futur. in terr. Protestant.* Nam neque tractatus nudi, neque sponsalia impuberum sponsaliorum nomen tueri possunt, quia nullum plane producunt effectum, liberamque cuilibet parti relinquunt ab iis iterum recedendi facultatem. *c. VII. & VIII. X. de desponſ. impuber.* Sponsalia autem conditionata de futuro quidem dicuntur, non alia tamen ratione, quam quia contrahentes sibi fidem de futuro promittunt. Cæterum vera sponsalia sunt, & ad expectandum conditionis eventum omnino obligant. Idque cum omnibus reliquis pactis commune habent. Nec mera logomachia est hæc de Praxi perversa distinctionis allegatæ observatio, sed falsas, easque merito ex nostris foris eliminandas, produxit conclusiones. Cum enim ea, quæ de sponsalibus de futuro dicuntur, ad nostra sponsalia de præsenti essent applicanda, & sic I) juramenti delationem contra sponsalia, vi *cap. II. X. de sponsalib.* permittere, II) trans-

II ) transactiones contra matrimonium, ut & III ) compromissum in causis matrimonialibus tolerare, IV ) coacta matrimonia *vi c. XVII. X. de sponsal.* evitare deberemus; nos potius in omnia alia ire, & præterea ipsam doctrinam de sponsalibus mirifice turbare solemus.

## Aphor. II.

PARENTUM CONSENSUS ) Jure Romano Patris consensus de necessitate requirebatur *pr. J. de Nupt.* Nostris moribus magis ex jure reverentiali dependet, & sic nec matris consensus negligendus. Quod autem essentiam matrimonii non ingrediatur iste consensus, inde constat, quia I ) dissensus non attenditur, nisi justis causis munitus, II ) consensus iste a Consistorio suppleri potest, III) matrimonium dissentientibus & invitis parentibus contractum non rescinditur. Interim cum liberi negligentiores in impetrando consensu parentum & leges gratitudinis & reverentiæ violent, & parentes contumelia afficiant, justas existimo & æquas esse leges istas provinciales, quæ inter justas consensum denegandi causas hunc parentum contemtum referunt, parentibusque facultatem concedunt, liberos ingratos exhæredandi. CARPZOV. *Jurispr. Eccles. Lib. II. def. LIV.* add. tamen BERGERUM *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV. §. XIV. not. IV.* Patris tamen adhuc hodie hoc in argumento semper potior ratio est, nec dissensus matris, illo consentiente, quicquam operabitur LEYSER *Specim. XVIII. med. II. sq.* & *Specim. CCXCI. med. VII.* In genere vero, doctrina de con-

consensu parentum adhibendo, eiusque, si denegatus est, effectu, cum aliis solennibus, quæ in sponsalibus valide celebrandis adhibenda sunt, hodie non tam ex Jure Romano & Canonico, quam ex ordinationibus provincialibus & matrimonialibus addiscenda est, quas sæpius legimus & ascendentium & propinquorum, & curatorum consensum ad validitatem sponsaliorum requirere. Ejusmodi leges speciales refert MYLERVS *in Gamolog. cap. II. & III.* BERGER *Oecon. Jur. Lib. I. Tit. I. §. VI. not. VIII.* & *in Supplement. ad Elect. Discept. Forens. P. II. p. 1856.*

## Aphor. III.

CELEBRATA) Verum, quia mores in determinanda forma sponsaliorum mirum in modum variant, potius dixeris, publica sponsalia esse, quæ observatis omnibus solennitatibus a lege præscriptis inita sunt; Uno vero alterove neglecto clandestinitatem oriri. Fieri enim potest, ut & consensus parentum adhibeatur, & testes interveniant, sponsalia vero nihilosecius obligatione careant, si reliqua formalia negotii fuerint omissa. Ubi vero parentum consensus sufficit, testes præsentes prius adhiberi non debent, quam si uterque contrahentium parentibus est orbatus.

## Aphor. IV.

REGVLARITER SVNT CONSVMMANDA) Ita in Consistoriis, quousque lex specialis non obstat, pronunciari solet, ex auctoritate forsan CARPZOVII *Lib. II. Jurispr. Consist. def. LX.*

Sed

Sed verius eſt, vitium clandeſtinitatis ex ſubſecuto concubitu non purgari. Et de Jure quidem Romano res certa eſt *L. XI. de ſtat. homin. ſer. & §. XII. J. de Nupt.* Sed cum hodie in matrimonialibus Jus Canonicum Romano præferatur, videbimus, an iſta opinio aliquid præſidii ſibi exinde promittere poſſit. Provocant *ad c. XXX. X. de Sponſalib.* Legimus ibi ſponſalia pura per concubitum tranſire in matrimonium. Verum hic præſupponi, in ipſis ſponſalibus omnia ordinate & ex præſcripta forma facta eſſe, *Concilium Tridentinum* docet *ſeſſ. XXIV. de reformat. matrimon. cap. I.* Inſtas, Proteſtantes Concilium Tridentinum graviſſimis ex cauſis repudiare. Concedo. Sed & mihi concedes, negotium, in quo celebrando forma neglecta eſt, ipſo jure nullum eſſe. Et, ſi nullum eſt, concubitus certe ſponſalibus clandeſtinis accedens novam obligationem introducere, formamque omiſſam ſupplere non poterit. Ne dicam, admiſſa opinione contraria & id neceſſario ſequi, privatos facto ſuo legi prohibitivæ omnem efficaciam impune adimere poſſe. Et ſic omnis Legislatorum cura in determinanda negotiorum forma eſſet inutilis. Idque Lutherum ipſum agnoviſſe teſtatur SECKENDORFF *in hiſtor. Lutheran. Lib. III. cap. XXVI.* Magni itaque facio pietatem Legislatorum, qui ejusmodi ſponſalibus concubitu firmatis non omnem ſolum denegant efficaciam, ſed & transgreſſores legis pœna promerita afficiunt. Ea vero ratione ſponſalia per concubitum in matrimonium tranſire non puto, niſi ſponſalia ipſa vera & valida præceſſerint.

Apho-

## Aphor. V.

Ratione cognationis) Cognationem vocant vinculum personarum ab eodem stipite descendentium, carnali propagatione contractum. In ipsa vero prohibitione Jura humana non simpliciter ad hanc vel illam personam respiciunt. Sed ob paritatem rationis a casibus expressis ad casus similes non expressos argumentantur, quod, an etiam Jure divino procedat, postea videbimus. Ista vero ratione necessitatem JCtis imposuerunt, ut, antequam de ipso matrimonio, an prohibitum esset, judicarent, graduum instituerent connumerationem, id est, viderent, quam longe distaret persona, de cujus matrimonio quæritur, ab illa, quam conjugem exoptat. Hæc autem connumeratio, ut facilius perageretur, Doctores movit, ut lineas certas fingerent, personasque ab invicem descendentes sibi serie non interrupta subordinarent, cuilibet generationi sub communi stipite peculiarem lineam assignantes, illi vero reliquas generationes substituentes. Sicque factum est, ut memoriæ causa distinguerent lineam rectam ab obliqua sive collaterali, atque illam assignarent personis, quæ vel nos generarunt, vel quas nos generavimus, proavo nimirum, avo, patri, filio, nepoti, pronepoti, hanc vero personis, quæ se invicem quidem non generarunt, ab eodem tamen stipite descendunt, fratri scilicet, sorori, eorumque liberis. Ut autem fundamentum omnis connumerationis est generatio, ita & de eo dubium non est, quod quælibet generatio Jure

Civili

Civili unum faciat gradum, & ideo omnes generationes numerandæ sint, quotquot in utraque linea extant, quando de prohibito matrimonio sermo est. Ipsa vero prohibitio juris civilis duabus hisce absolvitur regulis: I) In linea recta matrimonium prohibetur in infinitum, II) In linea collaterali prohibitio ultra tertium gradum non extenditur, nisi respectus parentelæ simul concurrat, id est, quando persona, de cujus matrimonio quæritur, communi stipiti immediate subest, eamque loco parentis venerari debemus. Quapropter nullum Jure Civili est impedimentum, ne fratrum vel sororum liberi se invicem matrimonio jungant. Aliter quidem se res habet Jure Canonico, quod hodie in matrimonialibus sequimur. Nam hoc matrimonium usque ad quartum gradum prohibet, & generationes haut ex utraque linea connumerat, sed eas solum, quæ in una linea, eaque, si ad alteram refertur, longiori extant, ut sic duo gradus Juris Canonici unum gradum Juris Civilis faciant; Cujus inventi ratio merito a cupidine habendi, & ærarium Pontificis locupletandi per Bullas dispensationis derivanda est; cum præsertim inter illustres personas vix quisquam de matrimonio cum alia persona æque illustri ineundo cogitare possit, quin dispensatione Pontificis ob propinquitatem opus habeat. Aliter etiam sese res habet moribus nostris, quibus mox secundum, mox tertium gradum computationis Canonicæ prohiberi videmus: Verum enim vero, ut ipsa prohibitio ab arbitrio Legislatoris humani dependet,

pendet, ita e contrario omnes in eo consentiunt, quod, quando de jure Principis dispensandi in casibus prohibitis sermo sit, ad computationem Juris Civilis recurrere debeamus, quippe quæ, hoc solo excepto, quod paritatem rationis respiciat, cum prohibitione juris divini coincidit. Et sic matrimonia inter fratrum & sororum liberos dispensationem admittere nemo negat.

## Aphor. VIII.

Ratione affinitatis) Affinitas est conjunctio unius conjugis cum cognatione alterius conjugis ex consummatis per concubitum nuptiis orta. Nec hic juridice diversa ratio est, si concubitus illegitime exercitus sit, cum & ex illegitima conjunctione affinitas oriatur. Ex ipsa vero definitione patet, in dijudicanda quæstione, an adsit affinitas, ad unicam hanc regulam esse respiciendum: Maritum affinem fieri cognatis suæ uxoris, uxorem affinem fieri cognatis sui mariti. Utriusque vero conjugis consanguineos non fieri affines. Inde enim porro sequitur, inter consanguineos uxoris & mariti nullam esse prohibitionem, nuptiasque inter duos fratres, duasque sorores, interque comprivignos omni jure permitti. Tria vero affinitatis genera Doctores constituere solent, ideo præsertim, quia, ubi vera affinitas adest, leges humanæ nonnunquam prohibitionem ad tertium genus extendant. Primum genus illud ipsum est, quod antea definivimus. Si deinde persona, quæ primo genere affinitatis mihi jam juncta est, se denuo matrimonio intervenien-

te

te conjungat cum extranea persona, hæc cum cognatis suis mihi in secundo genere affinitatis jungitur. Tertium genus oritur, si Persona, quæ mihi affinitate in secundo genere juncta est, iterum cum persona extranea matrimonium contrahit. Demum ad ipsas prohibitiones ob affinitatem magis perspicue cognoscendas Doctores doctrinam de gradibus ad affinitatem applicarunt, quamvis hæc illos proprie non admittat, cum generatio gradum constituat. Ita tamen graduum connumeratio ab illa, quæ fit in consanguinitate, sese distinguit, quod maritus & uxor semper habeantur pro una persona. Et hac ratione fundamentum connumerationis ita strui solet: Quoto gradu quis mihi junctus est in consanguinitate, toto gradu etiam in affinitate. Ut itaque pater & filius consanguinei sunt in primo gradu, ita & vitricus & privignus affines sunt in primo gradu. Ipsam denique prohibitionem, quatenus indispensabilis est, his regulis absolvi posse, res ipsa docet: I) In primo genere affinitatis, & quidem, si lineam rectam spectes, matrimonium æque ac in consanguinitate in infinitum est prohibitum. II) In linea collaterali secundus iterum & tertius gradus computationis civilis prohibitus est, vel secundus lineæ inæqualis computationis Canonicæ. Ulterius quidem procedit prohibitio humana, sed cum Principes sibi legem hanc ita non dixerint, ut dispensatio excluderetur, reliquas prohibitiones, quæ commodius ex ipso fonte prohibitionis, legibus nempe provincialibus hauriuntur, huc transscribere nolo.

## Aphor. XVII.

VENIAM CONCEDERE) Ea tamen plane non opus est, si consanguinitas per copulam carnalem, & affinitas mediante matrimonio actu nondum contracta est. Sponsalia enim tantum cognationem vel affinitatem non operantur. Unde facile decidi potest quæstio: Utrum quis cognati vel affinis sui sponsam in matrimonium ducere possit? Nil enim huic intentioni obstabit. Quodsi vero præsumtio sit, potuisse facile contingere, ut sponsus sponsam carnaliter cognosceret, mavult Praxis incestus metum, præstito prius a sponso sponsave juramento purgatorio, removeri, quam ipsum matrimonium novum permittatur. CARPZOV. *Jurispr. Ecclesiast. Lib. II. def. 121. sq.* add. WERNHER *P. I. Obs. XLV. & Vol. III. Supplem. p. 643.*

SIMILIS QVOQVE RESPECTVS INSPICIENDVS) Historiam tritissimæ hujus quæstionis, quæ tot viros tum pietate & theologica doctrina, tum legali scientia conspicuos exercuit: utrum Deus in textu allegato, præter personas expressas, in simili quoque ob paritatem rationis, alias in eodem gradu existentes, legi prohibitivæ subesse voluerit, fusius exponere instituti ratio non permittit. Dicam saltem ego, me alienum non esse ab eorum opinione, qui graduum connumerationem in prohibitionibus juris divini fieri posse negant. Primo enim computatio graduum novum inventum est, & a Græcis ad Romanos translatum, Judæis vero plane incognitum. Et sic

sic ne probabile quidem est, Deum, Legislatorem sapientissimum, qui duritiem cordis, pertinaciam, & astutiam populi Judaici probe noverat, legem huic genti dare voluisse, quam ad casus similes applicaret, cum tamen modum gradus computandi nesciret, & per se jam proclivis esset ad denegandum legibus summa perspicuitate conceptis promtum obsequium. Deinde lex ipsa juris antiqui Ebræorum correctoria est, veteremque libertatem promiscua contrahendi matrimonia restringit, nonnulla matrimonia expresse & speciatim prohibens. Ea vero istarum legum semper fuit natura, ut ultra casus expressos eas extendere fas non esset, regulamque magis in casibus non exceptis firmarent. Porro, si Dei T. O. M. ea fuisset intentio, ut paritatem rationis Judæi admitterent, certe causam nullam dare poteris, quare in enumeratione personarum tot prohibitiones occurrant, quarum tamen non diversa sed eadem ratio est. Denique in opinione mea me non parum confirmat, quod alias personas, quam quas *Levitic. cap. XVIII.* enumeraverat, lex ipsa prohibitiva, mox *Levit. cap. XXI.* repetita, haut exprimat, cum inde haut obscure colligere possimus, seriam Legislatoris divini fuisse voluntatem, ut ad has personas lex ipsa restringeretur.

## Aphor. XVIII.

CONSENSUS CONJUGALIS) Hæc doctrina principium Pontificiorum de Sacramento redolet, & præterea ex incongrua Praxi distinctionis inter

ſponſalia de præſenti & de futuro fluit. Imo ipſum Jus Canonicum in *c. 17. X. de ſponſalibus* triſtes ex coactis matrimoniis effectus agnoſcit. Certe rationis eſt, ut quæ mutuo conſenſu ineuntur, mutuo diſſenſu iterum diſſolvantur, præſertim, ſi tertio nullum infertur præjudicium & res integra ſit. Utut itaque haut vituperanda ſit conſuetudo, qua invaluit, ut deſponſati ad ſervanda ſibi invicem promiſſa adhortentur, invitos tamen eosdem ad implendum cogere, natura pactorum vix permittit.

Contra absentem) Optimum medium abſentis moram coercendi ſine dubio eſt præſcriptio juris ex contractu ſponſalitio acquiſiti, ita quidem, ut elapſo ſpatio triennali libera alteri parti concedatur facultas, nova ineundi ſponſalia. Hoc Juri Romano convenit *L. II. C. de ſponſal. L. II. C. de repud. L. IV. C. Theodoſ. de ſponſalib.* Nec Jus Canonicum refragatur *c. V. X. de ſponſal.* Imo & mores Germanorum conſpirant. vid. Bergeri *Diſſ. de præſcriptione ſponſaliorum.*

## Aphor. XIX.

Dissolvuntur) Eam generatim juſtam cauſam dicunt, quæ amorem tollit, vel, ut alii malunt, quæ rem in eum ſtatum deducit, unde initium habere non potuit, cum & in ſponſalibus ſubintelligatur clauſula: rebus ſic ſtantibus. Commune refugium, ſi alia cauſa deſit, refractarii quærunt in odio implacabili. Sed cautus ſit judex, ne prius ex hac ſola cauſa repudium decernat,

nat, quam constet, verum esse odium. Hoc enim plerumque simulatur. Præcaveat etiam, ne parti innocenti damnum oriatur. Puniat deinde refractarium, qui causam odii allegare nequit. Nam id non permittendum est contrahenti, ut fidem datam impune fallat. Consultum itaque est, rem juramento committere, eumque, qui jurejurando præstito recedit, in expensas & damna condemnare.

## Aphor. XX.

BENEDICTIONE SACERDOTALI CONFIRMATA FUERINT) Verum, si dicendum, quod res est, neque hæc, neque jurata sponsaliorum posteriorum confirmatio id operabitur, ut majorem validitatem accipiant. Neutrum enim aliquid novi tribuit, sed instar confirmationis est, atque ideo jus priori sponso quæsitum adimere nequit. STRYCK *ad Brunnem. Jus Eccles. Lib. II. cap. XVI. §. VIII. verb. de consuetudine & de dissens. sponsalit. Sect. IV. cap. II. §. III.* Quia vero post benedictionem sacerdotalem plerumque actualis corporum traditio sequi soleat, vix, credo, quenquam extiturum, qui posteriori sponso litem de prioritate moveat.

PRIORIBUS DE FUTURO) Ea intellige, quæ nostrates de futuro appellare solent, nimirum tractatus sponsalitios, sponsalia impuberum. Jure enim Canonico sponsalia de futuro vera sunt sponsalia, & merito omnibus posterioribus præferuntur.

# Tit. VII.
## De Nuptiis sive Matrimonio.
### Aphor. II.

UT SINT HABILES) Non tamen habilitas ex potentia generandi tantum est dijudicanda, sed salus Reipublicæ exigit, ut etiam respiciamus ad prudentiam dirigendi familiam, &, an alimenta uxori & liberis quærere possit Neo-Maritus. In his, si defectus sese exerat, non parentes solum justam habebunt dissentiendi causam, sed & justam inde oriri repudii causam, firmiter credo.

NEC MATRIMONIUM CONTRAHERE POTEST) Utut itaque præter hunc finem procreandæ sobolis mutuum adjutorium & extinctio libidinis, pro fine matrimonii, nec incongrue, venditetur, sunt tamen hi posteriores fines secundarii tantum, nec matrimonium unquam permittendum ob mutuum solum adjutorium. Præterea enim, quod hic finis alia ratione æque commode possit obtineri, ipsum illud etiam matrimonium cum institutione primæva matrimonii omnino pugnat. Deum enim tum temporis de multiplicatione generis humani cogitasse, ejusque intuitu matrimonio benedixisse, res est certissima. Haut igitur facio cum iis, qui matrimonia evnuchorum defendunt, cumprimis, quia hos ipsos video simul defensionem ejus opinionis suscipere, quod ob impotentiam conjugum matrimonium pro nullo sit declarandum. Quod certe fieri non deberet, si

si vera esset eorum sententia, in matrimonio contrahendo ad potentiam generandi præcise non esse respiciendum.

LEGE NON PROHIBEANTVR) Plures adhuc in Jure prohibitiones matrimoniorum occurrunt, quam quæ in vinculo propinquitatis vel affinitatis se fundant. Specialis enim ratio impedit matrimonium tutoris cum pupilla, adulteri cum adultera, raptoris cum rapta *tit. C. de interdict. matrim. inter pupill. & tutor. Nov. CXXXIV. cap. XII. L. unic. C. de rapt. virgin.* Verum prius matrimonium Praxis permittit, modo rationes reddat tutor. BRVNNEMANN ad *Dict. tit. Cod.* Secundum permittit Jus Canonicum in *c. VI. X. de eo, qui dux. in matrim. quam per adulter. poll.* si cum promissione matrimonii actus adulterii non fuerint conjunctus, nec insidiæ conjugis innocentis vitæ structæ fuerint. Tertium etiam tolerat Jus Canonicum in *cap. fin. X. de raptor.* si rapta consentiat. Verum melius sine dubio fecissent Pontifices, si posteriores duas Juris Romani prohibitiones confirmassent, cum facile pateat, istis limitationibus neque saluti conjugis innocentis satis prospici, neque insidiis eorum, qui raptu virginum delectantur, obicem poni. Præterea Jura nostra hodierna matrimonia inter personas dignitate impares non quidem præcise damnant, ea tamen lege privatis ejusmodi matrimonia inire vetant, ut uxor vera quidem, sed non legitima uxor sit. Tale enim matrimonium in concubinatum degenerat, quem mores damnant. Personas

ſonas tamen illuſtres ea lege ſibi uxores vilioris conditionis jungere poſſe, a ratione non abhorret, ſi modo ipſi legibus humanis non ſubſint. vid. COCCEJI *Diſſ. de Lege Morganatica.* WILLENBERGII *Diſſ. de matrimonio conſcientiæ.*

ET AFFINITATEM) Quodſi tamen ab ignorantibus, qui propinquitatem vel affinitatem adeſſe neſciunt, matrimonium conſummetur, hoc ipſum matrimonium tamdiu effectus legitimi matrimonii habet, quamdiu vel unus conjugum in ignorantia eſt conſtitutus. Nec liberis interim procreatis iſtud impedimentum nocet. Simulac vero reſciverunt parentes impedimentum, illi ſibi ulterius citra crimen inceſtus cohabitare nequeunt, omnesque legitimi matrimonii effectus ab ipſo hoc momento ipſo jure ceſſant, quod argumentum late proſecutus eſt HERTIVS *Diſſertat. de matrimonio putativo.*

## Aphor. III.

PVBLICA EX SVGGESTV PROCLAMATIO) Quæ ipſa eſt inſtar edictalis citationis, eandemque vim habet. Quare, quæ alias de publica citatione dicuntur, commode ad proclamationem applicantur, quatenus leges Eccleſiaſticæ peculiarem formam proclamationi non præſcripſerunt. Fit igitur I) publice ex ſuggeſtu. II) trina vice, III) peremtoria eſt, & IV) emanentem præcludit, etiamſi nominatim comminatio non ſit adjecta. Sed & V) facile intermittitur, ſi conſtet, nullum adeſſe impedimentum, STRYCK *ad Brunnemann. Jus Eccleſ. cap. I. §. VI.* Hoc ſingulare

gulare est, quod non fiat in tribus territoriis, quodque spatium paulo brevius contineat. Conf. BOEHMERI *Jus Parochial. Sect. IV. cap. III.*

SACERDOTALIS COPULA ET BENEDICTIO) peragenda a parocho competente, ordinarie ipsius sponsæ SCHILTER *Instit. Jur. Canon. Lib. II. tit. XI. §. IX. in fin.* Utut vero necessitas hunc adhibendi ritum, neque ex Jure naturali, quod celebritates pactorum ignorat, neque ex jure divino positivo, in quo lex expressa de hoc argumento deficit, neque ex Praxi primitivæ Ecclesiæ, quæ pium solum ritum esse copulam sacerdotalem, nec a Christiano facile omittendum, suadet, derivari possit; Juribus humanis tamen, si pro forma legitimi matrimonii præscripta est benedictio, quod factum esse in ordinationibus Protestantium Ecclesiasticis constat, dubium oriri haut potest, quod ea omissa matrimonium sit illegitimum, & in concubinatum legibus humanis prohibitum degeneret.

## Aphor. V.

POLYGAMIA ENIM PROHIBITA EST) Saltem Jure humano, & quidem sub pœna ultimi supplicii CONSTIT. CRIMIN. CAROL. *art. CXXI.* Si Jus Naturæ spectes, neque cum fine matrimonii pugnat, neque, si illi juri fuisset adversa, Patriarchis potuisset permitti, ne quidem per modum dispensationis, quia Jus Naturæ respectu ipsius Dei est immutabile. In jure divino positivo antiqui fœderis lex prohibitiva non extat, optaremque, ut, qui polygamiam hoc jure pro-

prohibitam perhibent, ſcrupulum mihi eximerent, qui fieri potuerit, ut Deus Patriarchas polygamos, in perpetuo reatu viventes, amarit tamen, & ſigillatim Davidi adultero inter beneficia ipſi præſtita numeraret, quod uxores Sauli in manus ſuas dediſſet. Cæterum inſtitutioni matrimonii primævæ monogamiam convenire, eamque ipſam a Chriſto in Novo fœdere in memoriam eſſe revocatam, nec expedire noſtris Rebuspublicis, ut polygamia in uſum deducatur, nulla ratione diffiteor.

## Aphor. VI.

Secundae nuptiae) Varia tamen in odium ſecundarum nuptiarum cum in Jure Romano, tum in Jure Canonico eſſe ſtatuta, omnibus notum eſt, eaque per indicem exhibet Leyser *Spec. CCC.* Nec dubito, quin ea jura in provinciis, quæ Jus Commune ſequuntur, uſum ſibi vindicent, quatenus per communionem bonorum, quæ inter conjuges, dum viverent, viguit, non deprehenditur reſtrictus: Verum, ut hæ pœnæ majoribus noſtris nunquam arriſerunt, vid. Jus Provinc. Saxon. *Lib. I. art. XX. Lib. III. art. LXXVI.* qui tanto odio ſecundas nuptias non ſunt proſecuti, merito, ceſſante ratione legis Romanæ, ipſa ejus diſpoſitio ceſſare deberet, quatenus pœnam meram redolet, etiamſi per indirectum liberis proficua ſit. Reliqua autem capita, quæ rationem habent adjunctam, ne liberis ſecundæ nuptiæ damno ſint, quæque a communicatione corporis ſecundo conjugi facta dependent, eo facilius in

foris

foris nostris admitti posse existimo, quo propius ad humanitatis rationem accedunt: Et sic recte mater binuba tutela privatur, imo adhibito aliquo temperamento jure educandi liberos; Recte etiam prioris mariti dignitatem & forum amittit.

SECVNDO NVBAT) Sponsalia tamen, ne celebret, lege nullibi prohibetur. Et, si dicendum quod res est, ipsa prohibitio, ne intra annum nubat, non aliunde, quam a decoro est desumenda. Quapropter mitiores hodie sumus, si mulier ad secunda vota spatio luctui destinato nondum elapso accedat, quam veteres Romani, pœnamque infamiæ in L. VIII. D. *de his, qui notant infam.* ei minatam, auctoritate Juris Canonici *cap. penult. & ult. X. de secund. nupt.* suffulti remittimus.

## Aphor. VIII.

ALIQVALI BONORVM COMMVNIONE) Cujus effectus se primario exerit in mutuo jure succedendi. Verum latius in plerisque Germaniæ provinciis hæc communio sese extendit. Cum enim majores nostri, nec immerito, crediderint, uxorem esse laborum, periculorumque sociam TACITVS *de Mor. German. cap. XVIII.* non dubitarunt deinde Compilatores Juris Saxonici, quin societatem omnium bonorum inter conjuges intercedere defenderent, regulamque formarent: Man und Wif ne hebbet nein getweit Gut to irme Liwe. Quam regulam postea secuti Lubecenses, Hamburgenses, Servestani, Brunsvicenses, pluresque alii, peculiaribus legibus & statutis ipsam

ipsam bonorum communionem ad nostra usque tempora propagarunt. Ut autem, ubi lege hæc communio stabilitur, vera omnium bonorum mariti & uxoris societas adest, ita nec opus est, ut controversiæ, quæ circa eam oriuntur, aliunde, quam ex regulis societatis dijudicentur. Atque sic æs alienum durante communione contractum communi nomine exsolvitur, nec uxor prius illata repetit, quam creditoribus mariti sit satisfactum, nec communioni in fraudem creditorum renunciatur, & quæ sunt id generis alia. Cæterum, ne leges provinciales & statuta negligamus, eo magis cavendum, quo certius est, in his ipsis singularia plane, quæ naturam communionis alterant, occurrere capita, dum alibi in bonis allatis & acquisitis, alibi in bonis solum, quæ constante matrimonio acquiruntur, alibi solum in bonis mobilibus locum habeat communio. Ut taceam, effectum ejusdem communionis hinc inde esse diversum, & mox in usufructu solum, mox in condominio, mox in nuda possessione consistere. Imo nec ratione termini a quo leges Germaniæ concordant. Alibi enim communio a benedictione sacerdotali, alibi a conscensione thalami, alibi post annuam cohabitationem initium capit. Instituti vero ratio vix permittit, ut omnia copiose explicem. Leges ipsas autem hanc discrepantiam fulcientes, qui scire cupit, adeat HOFFMANNI *Dissert. de donat. propter nuptias.* §. *I.*

MARITALIS POTESTAS) Neutiquam tamen confundenda cum potestate dominica & patria,

tria, quod facere videtur Auctor in *Syntagm. Jur. Civil. Ex. III. th. VII. & XXVIII.* Utut enim Jure antiquo mulieres haut essent melioris conditionis, quam servi, quam liberi, quod a THOMASIO *in Diss. de Us. Pract. doctrin. de nupt. cap. I. §. VI.* negatum, invictis rationibus probatum dedit HEINECCIUS *Antiq. Roman. Lib. I. Tit. X. §. VI.* pristinique hujus moris sub Imperatoribus etiam manserit vestigium teste SUETONIO *in Tiberio cap. XXXV.* TACITO *Annal. Lib. II. c. I. Lib. XIII. cap. XXXII.* ab isto tamen rigore Romani ipsi post varia temporum intervalla recesserunt, ipsaque maritalis potestas demum iis limitibus est circumscripta, ut solo jure dirigendi absolveretur. Conf. LUDOVICI *Diss. de jure & jurispr. domest. cap. II. §. XV. sqq.*

OPERAS OBSEQUIALES) Et eatenus verum est, quod ea, quæ uxor acquisivit constante matrimonio, marito acquirat *L. LI. D. de donat. inter vir. & uxor.* ibique BRUNNEMANNUS. Quod vero præterea uxor ex operis forsan artificialibus acquirit, sibi acquirit, salva marito actione ad interesse, ob neglectas operas domesticas WERNHER *P. V. Obs. XXIII.*

## Tit. VIII.
## De jure dotium & donatione propter nuptias, it. de dotalitio.

### Aphor. I.

CONSISTERE POSSINT) Ita de Jure Novo. At enim vero Jure antiquo dotis constitutio eatenus

eatenus essentiam matrimonii legitimi ingrediebatur, ut uxor legitima a concubina pactis solum dotalibus distingueretur §. *XIII. J. de nupt. L. X. & XI. de liber. natur.* Ex quo facile patet, quid sentiendum sit de ista Doctorum opinione, qui patrem ad dotandum obligant, quamvis nullam dotem promiserit. Nulla enim necessitas eam constituendi adest, neque ex parte filiæ, quia hodie legitimum matrimonium absque dote subsistit, & apud Germanos semper substitit, qui TACITO auctore *de Mor. German. cap. XVIII.* uxoribus dotem dare, consueverant, neque ex parte patris, quippe cui onus dotandi filiam ideo injunctum erat, ne plane exsortes essent filiæ paternæ hereditatis, a qua per legem Voconiam erant exclusæ. Rem clare loquitur JACOB PERIZONIUS *in Dissert. ad L. Voconiam.*

## Aphor. II.

IN MARITUM TRANSLATA) Ejusque rei intuitu peculiari opus est conventione, nec qualitatem dotalem adesse præsumitur *L. I. §. ult. de Curat. furios. L. I. C. de dote caut.* Opinio enim SCHILTERI in *Exerc. XXXVI. §. LXXX.* qui qualitatem dotalem ex sola illatione probari posse credit, vix alia ratione admitti potest, quam si ad minimum certa conventio de bonis inferendis præcesserit. CARPZOV. *P. I. Const. XXVIII. def. LXXVII. n. 5.* Hoc ipso igitur bona dotalia ab aliis uxoris bonis se satis distinguunt. Quæ enim citra conventionem inferuntur, paraphernalia vocari solent, ea vero, in quibus uxor dominium & liberam disposi-

dispositionem sibi expresse reservavit, receptitia appellantur. Jus etiam mariti in his bonis diversum est. In dotalibus dominium consequitur. In paraphernalibus legitimam habet administrationem & jus usufructus legalis. In receptitiis nihil juris ipsi competit. BERGER *Diss. de discrim. bonor. uxor.*

ONERIBVS MATRIMONII) Saluo tamen semper jure dotem repetendi, si matrimonium cesset. Cum marito præter jus utendi fruendi in dote nil videatur concessum: Et, quamvis, si in mobilibus consistat dos, ea vix aliter uti possit, quam si concedatur simul facultas, plene de quantitate disponendi, similem tamen quantitatem finito matrimonio restituat, necesse est. Res autem immobilis, cum utilitatem etiam præstet, utut facultas disponendi restricta sit, in natura est restituenda, ejusque intuitu substantia ejus salva conservanda. Atque sic satis perspicua est ratio, quare Jura Romana tam anxie laborarunt pro dote uxori conservanda, quamvis dotis privilegia, quatenus iniquitatem simul sapiunt, & cum præjudicio tertii conjuncta sunt, usus fori recte temperat, & sigillatim jus prælationis in *L. XII. C. qui potior. in pignor. L. XXX. C. de Jur. dot. Nov. XCVII. cap. IV. & Nov. CIX. cap. I.* doti concessum ita interpretatur, ne creditoribus antiquius jus habentibus noceat FABER *in Codice Lib. VII. Tit. XXXIV. def. III.* STRVV. *Exercit. XLIV.* §. *XLIX.* MARTINI *in Analect. ad Processs. tit. XLIII.* §. *I. n. LI.* Huncque usum fori in Saxonia

nia Communi expressis legibus approbatum esse didici, ita quidem, ut uxori dotis intuitu locus demum inter reliquos hypothecarios creditores pra rata temporis assignandus sit.

## Aphor. III.

VEL EX OFFICIO, VEL LIBERO ARBITRIO) Dotis naturam, quæ Jure antiquo Romano fuit, si accuratius consideres, facile videbis, eam alimentorum habuisse rationem, filiabus in compensationem exclusionis a reliqua successione ab iis præstandorum, qui onus alimentandi subire debebant, ne alias filia omnibus facultatibus privata honestam nubendi occasionem dimittere cogeretur, cum absque dote non esset matrimonium. Inde vero firmiter concludo I) dotem necessario ab iis fuisse constituendam, qui ad onus alimentandi adstringebantur, idque patrem & in subsidium avum paternum facere debuisse, res est notissima. II) Cessasse necessitatem constituendi, ubi cessabat onus alimentandi. Quare neque filia ingrata, nec filia dives, neque filia indigna erat dotanda. III.) Dotem non nisi ex pietate constituisse eos, qui ad alimenta in subsidium subministranda vocabantur, v.c. matrem. IV.) Dotem ab extraneo constitutam meram fuisse donationem. Quapropter nec dos adventitia ad constituentem unquam revertebatur, nisi forsan jure successionis. Verum postquam filiæ intuitu successionis filiis sunt exæquatæ, legesque omnibus liberis prospexerint, ut portionem legitimam ex hereditate parentum haberent salvam, quæ ipsa alimen-

alimenta quoque complecteretur, hodie certe omnis constitutio dotis voluntaria est, & naturam magis donationis, quam alimentorum habet, nisi quod fratres, si sorores ex feudis legitimam non habeant salvam, ad dotis constitutionem ex feudo sint obligati.

PRO MODO FACULTATUM ET DIGNITATIS) ut & pro qualitate sponsi *d. L. LXIX. §. IV. D. de jur. dot.* Est enim respiciendum ad onera matrimonii, quæ pro conditione sponsi inæqualia esse possunt. Quare nec filiæ unquam de inæqualitate dotis constitutæ queri possunt, nisi in legitima sunt læsæ.

## Aphor. IV.

QVAE SVNT IN COMMERCIO) quæque proficiunt ad matrimonii onera sustinenda. Et his præsuppositis non errabis, si ab alienatione ad dotis constitutionem argumentum ducis. Dotis enim constitutionem instar alienationis esse, nemo dubitat, idque ipsum ex jure mariti, quod in dotem habet, facile cognosci potest. Plenum enim dominium acquirit in re mobili, ut & in immobili, si venditio rei dotalis in maritum intervenerit. Olim etiam in re immobili plenum consequebatur dominium. Sed Lex Julia de adulteriis ob frequentiam divortiorum ipsi solum civile concessit dominium, naturali dominio uxori reservato: vid. BRISSONIVM *ad L. Jul. de adulter.* Hac vero ratione in maritum transibat jus bonæ fidei possessionis, siue jus omnia commoda ex re dotali percipiendi, cum facultate rem penes ter-

tium existentem vindicandi arg. *L. IX. C. de rei vindic.* Verbo: exercitium dominii absque facultate de re libere disponendi. Cum enim dominium naturale uxori esset reservatum, ejusque exercitium durante matrimonio quiesceret tantum ex parte uxoris, vix integrum erat marito, rem ipsam dotalem in uxoris præjudicium alienandi, etiamsi uxor consentiisset. Ut autem Jure Romano consensus uxoris post biennium repetitus ob geminationem alienationem convalidabat, si illi ex aliis bonis mariti satisfieri posset Novell. *LXI. cap. I.* ita & Jure Canonico idem effectus adscribitur juramento uxoris, & jure Saxonico alienatio, prævia causæ cognitione & accedente magistratus decreto, statim subsistit, quando uxor cum Curatore in alienationem consentit. Struv. *Syntagm. Jur. Civil. tit. de fundo dotali th. XXII.*

Æstimato) Hanc æstimationem fieri vel taxationis solum, vel venditionis gratia, ex Auctore constat. In dubio vero, quem in finem æstimatio sit facta, si non appareat, venditionis causa eam intercessisse præsumitur. Ita enim generatim tradimus; In omni negotio ad transferendum dominium habili æstimationem rei additam id operari, ut non res, sed æstimatio restituenda sit. In reliquis vero negotiis hunc æstimationis esse effectum, ut, possessor rei, alias, si extat, præcise restituendæ, se ab obligatione, per præstationem æstimationis liberare possit, si res non exstat.

Aphor.

## Aphor. V.

ÆQVALIS CONSTITVI) Ea vero donationis propter nuptias est natura, ut uxori securitatem ratione dotis afferat. Nam 1) doti debet esse æqualis, 2) aucta dote durante matrimonio & donatio propter nuptias augenda est §. *III. J. de donat. L. XXX. C. de donationib. propter nupt.* Et sic certe donatio hæc, salva finito matrimonio dote, ad maritum ejusque heredes revertitur CARPZOV. *P. II. Const. XLII. def. I.* Utut enim negare non audeo, posse etiam pactis effici, ut donatio propter nuptias vel in compensationem vel in remunerationem dotis cedat, atque sic vel in locum dotis succedat, vel cum dote uxoris lucro sit STRYCK *Cautel. Contr. Sect. III. cap. VIII.* §. *XXVIII.* hoc tamen accidentale solum esse, quis non videt. Et errant certe, qui inde, donationis propter nuptias finem primum securitatem dotis esse, negant. Nec enim ratio illa, quod, cum uxori ratione securitatis jam alia ratione per hypothecam tacitam cum jure prælationis sit prospectum, donatio propter nuptias nullum haberet effectum, tanta mihi videtur, ut dissentientium opinioni subscribam, cum plus juris uxor habeat in hac donatione, quam in bonis mariti hypothecæ obnoxiis, ceu *Auctor* bene monet. Imo neque legum dispositio neque Doctorum auctoritas deest, quæ nostram opinionem firmat. vid. d. §. *III. J. de donat. L. XVIII. C. de donat. ante nupt. c. VIII. X. de donat. inter virum & uxor.* BRVNNEMANN. *ad d.* §. *III.*

*& L. XVIII.* SCHILTER *Exercit. XXXVI. th. LXXXVI.*

## Aphor. VI.

DOTEM RESTITUERE) Tu nota: Constante matrimonio dos non restituitur, nisi maritus ad inopiam vergat *L. XXIV. pr. D. Solut. matrim.* quamvis nec tum marito jus fructus percipiendi denegandum. Soluto per mortem mariti matrimonio, uxor integram dotem, & quidem in specie consistentem statim, in re mobili consistentem post annum repetit *L. un. §. VII. C. de rei uxor. action.* Soluto per mortem uxoris matrimonio heredibus uxoris dos cedit, salva marito portione Legali. Ex statutis provincialibus nonnunquam, præsertim, si in mobilibus consistat, cedit marito, salva uxoris heredibus legitima. Soluto demum per culpam uxoris matrimonio, existentibus liberis, idem juris est, quod in priori casu. Liberis deficientibus maritus dotem lucratur. Confer NOV. *CVII. cap. II.* STRYCK *de dissens. sponsalit. Sect. VI.* Plura infra occurrunt, ubi de successione sermo est.

## Aphor. VII.

IN RES DOTALES) Non itaque, quas fructuum ex re dotali percipiendorum gratia maritus fecit. Imo nec eas, quæ in rem dotalem factæ sunt, nisi perpetuam rei utilitatem efficiant *L. VII. §. II. D. de usufruct.* Sumtus etiam litis pro conservanda dote facti annumerantur impensis, quæ ad fructus comparandos faciunt, cum e contrario

trario sumtus pro aequirenda dote facti naturam necessariarum habeant impensarum MEVIUS *P. VIII. Decis. CCLIV.*

## Aphor. VIII.

DOTALITIUM) Est dotalitium ex Jure Germanico antiquo, nihilque cum dote muliebri marito illata olim habebat commercii, siquidem Germanis haut erat solenne, ut dotem ab uxoribus acciperent, quippe quam mariti potius uxoribus constituerent. Atque hæc ipsa dos maritalis fuit dotalitium uxoribus eum in finem constitutum, ut post mortem mariti haberent, unde se honeste exhiberent. Nec dubium est, quin hoc ipso mariti efficere conati sint, ne viduæ ad secunda vota transirent. Ut sic etiam naturæ dotalitii quam maxime conveniat, quod expiret, simulac vidua ad secundas nuptias transeat, cum hac ratione finis dotalitii cesset. Confer BERGERI *Dissert.* in qua *Selecta juris dotalitii capita* pertractat. Ita de jure antiquo. Postquam vero invaluit mos in Germania, ut dotem uxores marito afferrent, in constituendo dotalitio dotis illatæ habita fuit ratio, ita quidem, ut in locum dotis dotalitium cederet, dotemque absorberet, substitutis reditibus, qui usuras duplicatas quantitatis rei in dotem datæ exæquarent, salva tamen viduæ facultate relicta, utrum dotem magis repetere vellet. Inde vero est, quod dotalitium non debeatur, nisi illatio dotis prius probata sit. Eandemque ob causam vereor, ne fundamento destituatur Praxis Juris

Saxonici, qua viduæ permittitur, dotem promissam & nondum illatam adhuc post mortem mariti inferendi, eo fine, ut successores mariti dotalitium constituant. Quod autem res in eum plane pervenerit statum, ut quadruplicatas vidua accipiat usuras, id ex falso illo principio provenire existimo, ac si donatio propter nuptias in remunerationem dotis constituenda esset. Postquam enim in hoc quoque argumento Germanis Romani Juris dispositio placuit, ut donationem propter nuptias dotis intuitu mulieribus assignarent, eamque dotem neque absorbere, neque securam reddere, sed remunerare, & sic cum dote viduæ cedere crederent, factum est inde, ut dotalitium, quatenus quadruplicatas usuras continet, pro dimidia parte, uxori in compensationem, pro altera dimidia, tanquam donatio propter nuptias, in remunerationem dotis cederet. Et hac ratione ego rem obscuram satis, & admixtis juribus peregrinis inextricabilibus fere difficultatibus involutam, capio, salvo aliorum judicio. Adde, quæ dixi *in Introduct. ad Jus Saxonic. P. I. Exercit. IV.* HOFFMANNI *Dissert. de donatione propter nuptias*, & ESTORIS nostri *Dissertat.* nuper de quæstione: *An dotalitium cesset propter secundas nuptias*, habitam.

EO VTATVR) Transfertur itaque in dotalitii constitutione jus utendi fruendi rem immobilem, vel si mavis jus bonæ fidei possessionis. Non enim ad limites ususfructus Romani adstringi potest dotalitium, sed plus viduæ permissum est,

cum

cum & habeat jus meliorandi fundum, & a cautione usufructuaria immunis sit, & denique utili rei vindicatione uti possit. HENEL. *de jur. dotalit. cap. XII. §. XVIII.* RAUCHBAR. *P. I. Quaest. XXX.* Est igitur ususfructus Germanicus, qui cum particula dominii semper fuit conjunctus. Naturam hujus ususfructus dilucide exposuit BEYER *Jur. German. Lib. II. cap. X.* Resque omnis eo redit, quod ususfructus Germanicus in dominio utili consistat.

CONCEDITUR) Pauca adhuc ad finem tituli dicere placet de pactis dotalibus. Hæc enim triplicem finem habere constat. Primum eo spectant, ut de dote, donatione propter nuptias & dotalitio disponant. Deinde id agitur his pactis, ut lis post mortem unius alteriusve conjugis de dote restituenda, aliisque accessoriis præcaveatur, demum de reliqua successione plerumque certi quid determinant. Non itaque errabimus, si speciem pactorum successoriorum illa ipsa dicamus. Et sic forsan non aliunde, quam ex natura pactorum natura eorum esset æstimanda, cum Germani nunquam dubitaverint, posse successionem pactis ordinari, neminique jus esse, invita altera parte ab iis recedendi. Verum enim vero placuit hic iterum Romanum jus, invaluitque distinctio inter pacta dotalia, quæ in vim ultimæ voluntatis, & ea, quæ per modum contractus ineuntur. Et sic posteriora demum ex natura pactorum & contractuum dijudicamus, & irrevocabilia dicimus, priora vero aliis ultimis voluntatibus annumera-

 mus,

mus, & ad formam eorum quinque minimum testes requirimus, salva relicta facultate ea iterum revocandi. In dijudicandis vero his pactis non praecise existimo ad verba, quibus contrahentes utuntur, sed ad intentionem potius eorum respiciendum esse, Conf. STRYCK *Cautel. Contract. Sect. III. cap. VIII.*

## Tit. IX.
## De Divortiis.

QVOD VINCVLVM NIMIRVM) Verum quidem est, matrimonium ex causis allegatis quoad vinculum dissolvi, sed, qui accurate loqui amant, dissolutionem matrimonii ex capite nullitatis ab ea, quae fit ex nova causa superveniente, sollicitius distinguunt. Nec immerito. Matrimonium enim, quod nullum est, proprie non dissolvitur, sed per sententiam judicis magis declaratur, matrimonium verum nunquam adfuisse, cum divortium e contrario praesupponat, matrimonium de jure valere, sed ob causam accidentalem non amplius subsistere posse. Causa itaque nullitatis jam adest tempore initi matrimonii, causa divortii supervenit. Matrimonium si pro nullo declaratur, perinde est, ac si matrimonium nunquam sit celebratum. Et sic effectus matrimonii etiam ratione praeteriti cessant. Sed divortio concesso effectus matrimonii solummodo ratione futuri desinunt, & pars nocens praeterea amittit jus repetendi dotem. Quae diversa esse admodum, nemo non videt. Sit itaque causae

causæ, quæ in §. II. & III. occurrunt, nullitatem matrimonii indicant, reliquæ divortium. Generatim enim nullum dicitur matrimonium, quando defectus in essentialibus adest, ut puta, si consensus non sit verus ac liber, si contra leges prohibitivas matrimonium initum, si finis matrimonii principalis obtineri nequeat.

Ob malitiosam desertionem) Has duas itaque causas Protestantes solum tantæ efficaciæ esse perhibent, ut matrimonium jure perfectum iterum dissolvant, cui tertiam, nempe denegationem debiti conjugalis, addunt, vel potius hanc malitiosæ desertioni æquiparant. Reliquas omnes, utut æque graves, imo majores, excludunt, & separationem solum a thoro & mensa decernunt. Sed vereor, ne genuino fundamento destituatur ipsa hæc causarum divertendi restrictio. Textus enim novi fœderis *Matth. XIX, 9.* in quo omne præsidium collocant, tantum abest, ut opinionem fulciat, ut potius eidem adversetur. Primo enim omnes concedere debent, Salvatorem non egisse novum legislatorem, sed legis Mosaicæ sensum depravatum restituisse. Cumque Judæi legem antiquam de divertendi licentia plus justo extenderent, id indicare voluit Christus, non omnem causam divortio locum facere, sed graviorem solum, quæ fini & naturæ matrimonii repugnaret, imo divortia in se cum institutione matrimonii primæva pugnare, Deumque ea ob duritiem solum cordis populi Judaici, ad evitanda majora mala permisisse. Conf. Seldenum *in uxore*

*uxore Hebræa Lib. III. cap. XXIII.* Deinde qui vocem πορνεία in textu allegato de delicto carnis solum accipiunt, nesciunt, quid agunt. Vellem enim, hac significatione admissa, lubenter scire, quo jure Paulus Apostolus *1. Cor. VII, 15.* eam de malitiosa desertione potuisset explicare. Et lubentius scirem, quo jure nostrates denegationem debiti conjugalis inter causas divortii collocarent. Aut itaque Paulus & nostrates errant, quando vocem de alia causa, quam de delicto carnis accipiunt, quod tamen absit, ut statuam, aut vox ipsa ampliorem significatum admittit, quam vulgo traditur. Ea vero ratione Princeps non peccabit, quando præter causas allegatas & aliis similibus, aut majoribus, eum tribuit effectum, ut divortium operentur. De majoribus vero causis, quod movere debeant Principem ad divortia concedenda, eo minus dubito; quo magis videtur ratione destitui thesis, Matrimonium quoad vinculum dissolvi posse ob causam leviorem, nec tamen dissolvi posse ob causam graviorem. Cogita modo insidias vitæ structas, & cum adulterio, cum malitiosa desertione, cum denegatione debiti conjugalis compara, dein dic, quæ causa fidei conjugali magis sit contraria. Ego cum STRYCKIO *Diss. de Divortio ob insidias vitæ structas* pro his pronuntiabo audacter. Generatim vero pro certo habeo, omnem causam turpem, quæ mutuum amorem, mutuamque fidem tollit, & sic fini & naturæ matrimonii adversatur, justam divertendi præbere posse causam, si Princeps consentiat.

Confer,

Confer, quæ de hoc ipso argumento inter BOEHMERVM & KEYSERVM ex una, & LANGIVM atque MENCKENIVM ex altera parte disputata sunt in *Collectione Opusculorum de jure divortiorum.* Cæterum fidem conjugalem conjugem re ipsa fefellisse studio, nec partem læsam ab initio vel ex postfacto consensisse, omnino requiritur. Et sic certe, uxor quæ vim patitur, & maritus, qui ex errore aliam pro uxore cognovit, non delinquit *L. XIII. §. VII. ad L. Jul. de adult. cap. VI. caus. XXXIV. Qu. I.* Pari ratione maritus, qui lenocinio adulterii causa est, quique sciens cum adultera iterum concumbit, injuriam remittit *L. XLVII. D. solut. matrim. L. XIII. §. fin. D. ad L. Jul. de adulter.* Plane, si ab utroque conjugum adulterium sit commissum, dolus cum dolo compensatur *L. XXXIX. D. solut. matrimon.*

CONSVETO PROCESSV) qui peragitur citatione edictali, trina vice repetenda, & in tribus diversis locis publice, prævia plerumque prælectione ex suggestu, in valvis templi affigenda. Potest tamen & una citatio publica sufficere, quæ triplicatum terminum continet. Modum contra contumacem procedendi vide in SCHILTERI *Institut. Jur. Eccles. Lib. II. Tit. XII. §. V.* Ut autem quis pro desertore haberi possit, neque absentia sola, neque temporis certi lapsus sufficit, sed causa absentiæ potius est respicienda, fierique ea ratione potest, ut processus desertionis contra eum, qui per semestre spatium absens est, locum habeat CARPZOV. *Jurispr. Consist. Lib. III. defin. LX. n. 12. & 13.*

Aphor.

## Aphor. II.

IMPOTENS FVERIT) Hic vero nil intereſt, ſiue impotentia ſit abſoluta, ſiue reſpectiua, veluti, ſi quis reſpectu unius quidem fœminæ friget, cum altera tamen cohabitare poteſt WERNHER *P. II. Obſ. CCCXCII.* Pari ratione matrimonii validitatem & ea impotentia impedit, quæ ex morbo ſontico, contagioſo., ſimilique, qui, ut conjux concubitum abhorreat, efficit, originem habet. BERGER *Oec. Jur. p. m. 118.* SARCER *de cauſ. matrimonial. p. 189. & 231.* Impotentia tamen, quia facti eſt, ut probetur, eſt neceſſe, quod, quomodo fiat, diſce ex SIMONIS *Diſſert. de impotentia &* STRYCKII Jure ſenſuum *Diſſertat. II. cap. I.*

## Aphor. IV.

CERTIS CONDITIONIBVS) Imo Jus Canonicum nocenti aliud matrimonium inire non permittit *c. XII. X. de præſumtion. c. XXIII. & XXIV. cauſ. XXXII. qu. VII.* Sed limitatio, quam noſtrates addunt, nocenti tum matrimonium eſſe permittendum, ſi donum continentiæ non habeat, regulam deſtruit. Et, ſi dicendum quod res eſt, vel ideo dura iſta poena ceſſare debet, quia neceſſariam condemnato occaſionem peccandi ſuppeditat. Quare, utut Principes jus diſpenſandi ſibi reſervaverint, haut tamen difficiles eſſe ſolent in concedendo nocenti matrimonio, ex moribus quarundam provinciarum absque celebritate & pompa ineundo, impoſita ſimul neceſſitate,

cessitate, alibi domicilium constituendi, Carpzov. *Lib. II. defin. 191.* Ludovici *Diss. de cœlibatu pœnæ nomine imposito.*

## Aphor. V.

Tuta esse neqveat) Putant enim, ad separationem non esse procedendum, si maritus sese ad cautionem de non offendendo offerat, verum id raro effectum habet. Uxor enim plerumque cautionem non acceptat, & nolenti tamen eadem ipsa obtrudi nequit. Imo ipsa separatio regulariter effectu destituitur, cum rarissime eveniat, ut discordiæ inter conjuges enatæ sopiantur, & temporis lapsu cessent. Odia enim crescere magis post separationem, experientia docet. Est etiam hoc medium cum gravi mariti incommodo conjunctum, cui fere semper onus alimentandi uxorem injungitur, utut ipsius uxoris culpa discordiæ enatæ sint. Detrimentum porro capit res mariti domestica. Quapropter optandum esset, ut vel aliud medium suppeteret, vel minimum major circumspectio adhiberetur, ne malæ mulieres lucrum ex separatione captarent.

# Tit. X.

# De Legitimatione.

## Aphor. I.

Fiunt legitimi) Probe tamen discernenda est Legitimatio Romanorum a legitimatione Germanorum. Ejus enim finis primarius est, ut filius, qui in Patria Potestate

non

non est, in eam redigatur. Quare I) generatim intuitu eorum solum liberorum locum habere poterat, in quos Patria potestas cadebat. Et sic II) nulla liberorum ex damnato coitu natornm erat legitimatio, sed naturalium tantum. Pater porro III) ut viveret adhuc, erat necesse. IV) Liberorum, qui nunc alieni juris fiebant, requirebatur consensus. V) Patri solum relicta erat facultas, in subsidium, si concubinam non posset uxorem ducere, Principem de legitimatione liberorum adeundi. Et quæ sunt id generis alia Juris Romani capita, ex isto principio deducenda, quæ vide in THOMASII *Dissertat. de Usu Pract. tit. Institut. de Legitimatione.* Nostræ vero legitimationis primarius finis est abolitio maculæ nativitatis, utut legitimati per consequens juribus liberorum legitimorum fieri possint participes. Sic I) legitimatio locum etiam habet in spuriis, adulterinis & incestuosis. II) Consensus liberorum præcise non requiritur. III) Datur legitimatio post mortem patris. IV) Liberi ipsi, invito etiam patre, de macula nativitatis tollenda solliciti esse possunt. Verbo, Legitimatio Romanorum patris, nostra liberorum magis favorem respicit.

## Aphor. II.

IN VXOREM DVCIT) Atque hæc, ut effectum producat, omnibus istis requisitis debet esse instructa, quæ matrimonium legitimum efficiunt. Quare & olim pactis dotalibus opus erat, quibus legitima uxor a concubina sese distinguebat

§. XIII.

§. *XIII.* I.*de nupt. L. X.* & *XI. C. de natural. liber.* Hodie benedictionem sacerdotalem adhiberi constat.

## Aphor. III.

POSTEA NATIS) Jura itaque liberorum legitimorum consequuntur sive legitimam nativitatem respicias, cujus testimonium illis nunquam denegandum, sive jura successionis, ita tamen, ut jus ex lege, vel pacto liberis legitimis jam quæsitum, quippe quod patris arbitrio non subest, interverti nequeat. Legitimatos itaque neque in feudo, neque in fideicommisso familiæ succedere posse credo. Certe Jus Longobardicum legitimatos a successione feudali diserte excludit. II. Feudor. *XXVI.* §. Naturales. Violentas enim aliorum hujus textus explicationes cum HORNIO *Jurispr. Feud. cap.* XV. §. III. & BEYERO *Delin. Jur. Feud. cap. VII.* §. *LXXVII. sq.* merito rejicio. Nostram explicationem sequuntur Brunsuicenses & Luneburgenses vi Constitutionis Henrici Julii de ann. 1593. Idem juris est in Marchia Brandenburgica, in feudis avitis Magdeburgicis, FLEISCHER *Instit. Jur. Feud. cap. VII.* §. *XLVIII.* Cum itaque legitimatio per subsequens matrimonium non possit fieri in praejudicium ejus, cui jam certorum bonorum intuitu ratione successionis jus quæsitum est, & id sequi videtur, non posse legitimationis tempus per fictionem retrotrahi ad tempus concubitus, quatenus inde jus tertii læditur, quod exemplo a jure primogenituræ desumto & rationibus illustrat LEYSER *Specim. XIX. med. III.*

## Aphor. IV.

PER RESCRIPTUM PRINCIPIS) Erat hic legitimandi modus olim ſubſidiarius & tum demum patri Principem adire licebat, quando matrem viventem in matrimonium ſumere impediretur. Sed, cum hodie, quod diximus, favorem magis liberorum reſpiciat legitimatio, nil obſtat, ne liberi ipſi, ſive matrimonium inter eorum parentes eſſe poſſit, nec ne, a Principe legitimos impetrent natales.

COMITES PALATINOS) Horum originem & officium, ſi recte judico, accurate enucleavit SPENER *in Programm. Academico de Comit. Palatin. origine.* Probat enim, eos ab Imperatore olim in diverſis civitatibus eum in finem fuiſſe creatos, ut, qui gratiæ Imperatoris in cauſis, quæ ejus auctoritatem deſiderabant, fieri cuperent participes, ſumtibus itineris ad Palatium Imperatoris ſuſcipiendi parcere poſſent. Fecit vero abuſus Comitivæ in præjudicium ſuperioritatis territorialis ſæpenumero extenſæ, ut in provinciis ſtatuum ſenſim Comitum Palatinorum auctoritas diminueretur.

## Aphor. V.

IN HEREDITATEM PARENTUM) Tu nota: Tantum juris conſequi legitimatos per reſcriptum Principis, quantum Princeps ipſis tribuere voluit & potuit. Quid Princeps dare voluerit, ex verbis reſcripti eſt dijudicandum. Utut autem Princeps omnia legitimatis jura liberorum legitimorum aſſigna-

ſignarit, iſta tamen indulgentia ſemper ita accipienda, ne jus tertii lædatur. Quapropter neque ſucceſſio in allodialibus in praejudicium legitimæ, neque ſucceſſio in feudalibus in præjudicium agnatorum concedi poteſt. STRVVIVS *Synt. Jur. Civ. Ex. III. th. LV.* & *Syntagmat. Jur. Feudal. cap. IX. th. III. n. 9 ſqq.*

## Tit. XI.

## De Adoptione.

### Aphor. I.

ADOPTIO) Hoc negotium Romanis admodum frequens ſpeciales ſuas Romae habuit cauſas. Partim enim Romani ſacra domeſtica, quæ perire nollent, cum ea ratione & periret ſplendor familiæ, deficientibus propriis liberis, per adoptionem propagabant, partim, ne privilegiis in numerum liberorum ſtatutis carerent, liberos, quos natura denegaſſet, per fictionem hanc ſibi quaſi procreabant. Atque hæ cauſæ movent THOMASIVM *in Diſſert. de uſu Pract. tit. Inſtitutionum de Adoptionibus*, ut ex inſtituto contra uſum adoptionis hodiernum in Germania diſputet. Atenim vero uſum adoptionis vix negari poſſe, tam ex iis, quæ KVLPISIVS *in Diſſ. de adopt. Princip.* collegit, tum ex aliis documentis, quæ habet LEYSER *Spec. XX. medit. I. & II.* facile patet. Quod autem opus ſit, in adoptionibus Germanorum Jus Romanum vocare in ſubſidium, ea de re merito dubito. Habuerunt Germani adoptiones ab antiquiſſimis temporibus,

& tamen Juris Romani præsidio tuto caruerunt. Finis ejus semper fuit conservatio splendoris familiæ. Translatum est jus succedendi in regnis, provinciis, feudis per adoptionem. Et eatenus semper publica auctoritate erat peragenda, ne jus alterius læderetur. At enim vero eo fine, ut adoptatus successionis tantum fieret particeps, Germanos unquam adoptasse, vix credo. Hanc adoptionis speciem juris Romani receptio produxit, eaque sibi Germani placuerunt præter necessitatem, cum minori periculo heres institui possit in testamento, & majori efficacia patrimonii substantia in extraneum transferri per pacta. Nec alter finis, Patriam nempe Potestatem acquirendi, Germanis adoptionis usum commendare poterat, cum adeo pinguia pater hodie haut exercere possit jura, quæ patri Romano competebant, & Patria Potestas oneri magis sit patri, quam commodo, si ejus naturam hodiernam spectes. Interim semel approbato adoptionum usu nulla hodie datur adoptio privata; sed publica auctoritate semper est munienda, ut adoptatus juribus successionis particeps fiat. LEYSER *d. Specim. med. IV.* SCHILTER *Exercit. III. §. XVI.*

NATURA TALIS NON EST) Duplex hic Juris Romani principium non est prætermittendum, quod doctrinæ de adoptionibus multum lucis affert. Nimirum, I) adoptionem fuisse modum Patriam Potestatem consequendi subsidiarium II) adoptionem imitari naturam §. *IV. J. de adoption.* Ex priori enim sequitur, a) non dari lo-

locum adoptioni, si quis liberos modo ordinario quæsivit *L. XVII. §. III. de adoption.* b) Cessare etiam adoptionem, quamdiu spes generandi adest *L. XV. §. II. Eod.* c) foeminas non potuisse adoptare, quia liberos in potestate habere non poterant. Postea enim foeminis id jure speciali permissum est *§. X. J. & L. V. C. Eod.* nec d) filium familias potuisse adoptare *L. XXI. ad L. Jul. de adult.* e) consensu tam patris adoptantis, quam filii adoptati opus fuisse, si sui esset antea juris. *L. II. princ. D. Eod.* Patri enim suus heres agnascebatur, filius mutationem status subibat. Indeque est f) quod arrogatio impuberis nullum habuerit effectum, nisi filius pubes factus expresse iterum consentiret. *L. XXXIII. D. Eod.* Quodque g) tam varias cautiones in arrogatione impuberis observari jusserint leges §. *III. J. Eod.* Ex posteriori iterum fluit a) adoptantem plena pubertate adoptatum præcedere debere *L. XVI. & XL. §. I. Eod.* b) non dari adoptionem ad tempus *L. XXIV. Eod.* c) non adoptare, qui plane generare non potest. §. *IX. ff. & d. LXL.* §. *II. D. Eod.* d) adoptionem fieri debere bona intentione *L. XVII. pr. D. Eod* Inde etiam e) facile cognoveris, omnia ea cum adoptato communicari, quæ familiæ sunt. Et sic olim etiam jure imaginum, sive nobilitatis, participes fiebant adoptivi HUBER *Digression. P. I. Lib. II. cap. ult.* quod hodie secus. Pari modo f) adoptivi juris successionis, quatenus liberæ patris dispositioni subjacebat, fiebant capaces. Reliqua taceo.

## Aphor. V.

Distingvitvr Olim nulla, ratione effectus, inter adoptionem erat distinctio, sed unice ad finem primarium Patriam nempe Potestatem respiciebatur. Et sic omnis adoptio in favorem magis patris, quam liberorum concipiebatur. Ex adoptione vero minus plena adoptans nullum capiebat emolumentum, sed ea adoptivo solum erat proficua; Ex quo facile patet, hanc adoptionem peragi posse ab eo, qui liberos in potestate habere nequit. Verum & ratio sic e longinquo non est accersenda, quare in hac adoptione tacitus adoptati consensus sufficiat *L. V. D. de adoptionibus.*

## Aphor. VI.

Est actvs) vel brevius: Est pactum successorium acquisitivum, a parentibus cum liberis diversi matrimonii publica auctoritate initum, eo fine, ut cum liberis propriis ratione successionis exæquentur. Publica auctoritas, quæ causæ cognitione, & accedente decreto absolvitur, ideo necessaria est, quo evitetur detrimentum liberis uniendis imminens, si dispares sunt numero, vel dispares facultates. Quia vero pactum est, dubio procul I) & parentum & liberorum uniendorum legitimus intervenire debet consensus, II) non fieri potest, nisi de bonis, de quibus parentes disponere possunt, III) perpetuum est, nec nisi mutuo dissensu tollitur. Quia pactum successorium est, testamenti factionem parentibus adimit, & facultate alienandi bona, de quibus unio inita, eos privat. Quia de-

denique liberos diversi matrimonii ratione successionis a parentibus acquirendæ solum exæquat, id etiam consequens est, quod successio neque reciproca sit, neque uniti inter se succedant, præterea nec Patriam potestatem vitrico confert, nec cognationem vel affinitatem inter unitos introducit. Confer STRYCKIUM *de successione ab intestato Diss. VIII.* præprimis RYCKIUM *in pecul. tractat. de unione prolium.*

## Tit. XII.

## Quibus modis Patria Potestas solvitur.

### Aphor. I.

HABUERIT) Quod principiis quidem Romanorum optime convenit, quibus, ut supra ostensum, Patria potestas erat dominium vere sic dictum, nec ideo mirum, quod, cui competeret dominium in rem principalem, filium nempe, haberet etiam dominium in rem accessoriam, id est, nepotem §. *III. J. D. P. P.* Atenim indoles nostræ potestatis parentum ejusmodi effectus vix producit, nec casus dabilis est, ut nepos demum post mortem avi in patris potestatem perveniat, cum pater ipse, instituta separata oeconomia, potestatem patris exire soleat. Ex eadem ratione nepos etiam, mortuo patre a patris sui potestate jam liberato, in avi potestatem recadere non potest.

### Aphor. III.

SINGULARI DIGNITATE FILII) Tali nimirum, quæ liberabat a curia *L. fin. C. de decurion.*

*rion.* quatenus onus est liberis. NOVELL *LXXXI. cap. II.* olim sola Patriciatus dignitas *§. IV. Instit. quib. mod. P. P. solvit*, quæ primaria erat in aula Imperatoris a temporibus Constantini M. cognita. Absonum enim videbatur, eum, quem ipse Imperator, ut patrem, veneraretur, patris naturalis potestati adhuc subesse. Id postea ex paritate rationis extensum est ad dignitatem Consularem & Episcopalem in d. NOVELL. *LXXXI.* cum & hoc inconveniens videretur, patri subesse eum, qui ipse pater civium esset & Ecclesiæ. Hodie omnis dignitas a Patria Potestate liberat, quatenus cum separata œconomiæ institutione est conjuncta, vel potius, quia plerumque accidere solet, ut ad dignitatem admissus se a familia paterna actu separet.

## Aphor. IV.

EMANCIPATIONE) Erat hæc Romanis actus solennis, quo pater interveniente trina imaginaria venditione & manumissione sese dominio suo, quod in filium habuerat, abdicabat. Eamque solennitatem ipsa liberorum conditio antiqua desiderabat, cum rebus mancipi annumerarentur, harum autem rerum alienatio non nisi mancipatione peragi posset. CAJVS *Instit. Lib. I. Tit. VI.* §. *III.* ibique SCHVLTINGIVS. Ipsum ritum ulterius declarat HEINECCIVS *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. XII.* Nec mirum est, si naturam patrii istius dominii respicias, patris consensum in emancipatione necessarium fuisse, maxime, cum commodis Patriæ Potestati cohærentibus sese abdicaret. Quia vero hic actus & filium incommodo afficeret, dum a fa-

a familia excluderetur, & extranei inſtar haberetur *L. IV. & V. C. de emancipat.* præterea patri etiam dimidiæ peculii adventitii partis uſusfructus in præmium emancipationis cederet §. *II.* J. *per quas perſon. cuique acquir.* filii quoque conſenſum in emancipatione eſſe requirendum Romani exiſtimaverunt. Poſt varia tamen temporum intervalla non ſolennitates ſolum, in emancipatione adhiberi ſolitas, remiſerunt Imperatores Anaſtaſius in *L. V. C. de emancip. liber.* & Juſtinianus in *L. ult. C. Eod.* ſed Jus Novellarum quoque durum emancipationis effectum ratione ſucceſſionis temperavit. Rationibus igitur rite ſubductis, aſſerere non dubito, quod uſum emancipationis Romanæ præter neceſſitatem defendant noſtrates. Neque enim pater dominium habet in liberos, neque liberi rebus annumerantur, neque demum Patria poteſtas hodierna ad dies vitæ durat, ſed ipſo jure finitur per exitum liberorum ex familia Patris. Qui vero tacitam emancipationem, quæ certe contradictionem in adjecto continet, fieri dicunt, quando liberi a patris familia ſe ſeparant, vel quando pater cum liberis contractum celebraturus iis tutorem petit, illi fallunt & falluntur. Ibi enim pater filium e poteſtate non dimittit ſua voluntate, ſed filius ipſe ſe a patris poteſtate eximit ſuo arbitrio. Hic vero, ut contractus ſubſiſtat, emancipatione haut opus eſt, cum ceſſante fictione unitatis & ceſſare debeat Juris Romani prohibitio, ne filius cum patre contrahat vid. THOMASII *Diſſ. de quaſi emancip. Germanor.* & BEYERI *Jus Germanic. Lib. I. cap. XXVI. §. XLI. ſqq.*

 Aphor.

## Aphor. V.

SEPARATAM INSTITUUNT OECONOMIAM) Quod ita fit, quando liberi sedem fortunarum fixam eligunt eo fine, ut separatas a patris familia habeant rationes. Et sic certe fieri potest, ut quis a patre separatim habitet, & alibi degat, nec tamen ex patris potestate exeat, e contrario vero quis in patris domo vivat, a potestate quamvis immunis. Sigillatim in filiabus Jure Germanico hoc unum sufficit, quod mediante matrimonio in aliam familiam transeant. JUS SAXON. *Lib. I. art. XLV.* MEVIUS AD JUS LUBECENS. *P. I. Tit. III. ad rubric. n. 25.* Filii vero, qui se separant, ut majorennes sint, & ex moribus quarundam provinciarum, ut simul matrimonium contrahant, requiritur. THOMASIUS *Dissert. alleg.* SANDE *Decis. Frisic. Lib. II. Tit. VII. def. 6.* Ut vero hæc separatio jura successionis non tollit, nisi ubi cum assignatione certæ bonorum paternorum partis conjuncta est, quod in quibusdam civitatibus maritimis fieri, testis est MEVIUS *P. II. Tit. II. art. XXXIII.* add. STRYCK *de jur. singular. fœmin. Hamburg. cap. II. §. XI. sq.* ita & patrem usufructu, quem hucusque in bonis liberorum adventitiis habuit, privat, cum ratio ejus, nempe onus educandi, cesset. Et sic pater liberis bona restituere debet. JUS SAXON. PROVINC. *Lib. I. art. XI.*

Tit.

## Tit. XIII.
## De tertia perſonarum diviſione.
### Aphor. I.

CIVES DICVNTVR) Civem hic recte definit Auctor Ideam enim, quam ſibi de cive Ariſtoteles format, quod nempe jus deliberandi & ſuffragium ferendi de republica habeat, civi ſolum in Democratia viventi convenire per ſe patet. In Germania duplex jus civitatis occurrit. Altero gaudent ſtatus Imperii, altero cives mediati. Illud Jus publicum conſiderat, hoc jus privatum. Conſiſtunt autem jura civium mediatorum præſertim in jure opificiorum & collegiorum, jure braxandi, cauponandi, mercaturæ & aliis pluribus, quæ enucleat BEYER *Jure German. Lib. I. cap. XI.* Eoque nomine ſeſe diſtinguunt a nobilibus & ruſticis. Quo vero horum jurium fiant participes 1) certam pecuniæ ſummam pro receptione exſolvunt, 2) juramentum civium præſtant, eoque ipſo ſeſe ad onera perſonalia ſubeunda obligant, 3) in matriculam inſcribuntur. BERGER *Oec. Jur. p. m. 57.* Cave tamen cum jure civium confundas jus civitatis, das Stadt-Recht. Hujus enim conceſſio a Principis voluntate dependet THOMASIVS *Diſſ de jure ſtat Imper dandi civitat.* Idque ſub ſe complectitur jus exercendi jurisdictionem, jus ordinandi res ad politiam ſpectantes, jus habendi magiſtratum & curiam, jus ſtatuta condendi, jus nundinarum, jus munera civibus imponendi, de quibus iterum vide BEYERVM *dict. loc.*

*Pere-*

Peregrini dicvntvr) Non itaque denegantur peregrinis jura hominum communia, matrimoniorum puta, contractuum & teſtamentorum, quamvis Romanos hæc jura peregrinis haut conceſſisſe, eosque magis omni juris tam publici quam privati exercitio privaſſe, ex variis juris Romani textibus conſtat, quos vide in Heineccii *Antiqu. Roman. Append. Lib. I. p. 400.* Melior vero deinde eorum conditio extitit vel beneficio populi, vel clementia Principum, omniaque demum civium jura cum iis communicavit Caracalla in *L. XVIII. D. de ſtat. homin.* quam dilucido commentario explanavit Spanhemius *de Orbe Roman.* Ut mirum ſit, Doctores hanc novam peregrinorum conditionem demum Friderico II. adſcribere, eamque ex Avth. *omnes peregrini C. Commun. de ſucceſſ.* derivare, cum tamen hic textus magis peregrinantibus conſulat, & conſuetudini cauponum irrationabili, qui bona morientium peregrinorum ſibi appropriabant, obicem ponat. Quicquid tamen ſit, peregrini aliorum jurium, quam quæ communia dicuntur, hodie regulariter non fiunt participes, quando in numerum civium non ſunt recepti. In honoribus etiam conferendis indigenarum plerumque potior eſt ratio, ſalva tamen Principi relicta facultate, peregrinis quoque honores & dignitates conferendi. Præterea & moribus quarundam provinciarum fiſcus jus occupandi peregrini hereditatem ſibi vindicat, quale jus in Gallia vigere conſtat, vid. Stryck *ad Lauterbach. tit. de ſtat. homin. p. 37.*

Aphor.

## Aphor. II.

Cives in republica) Cives, quatenus eos in sensu generali consideras, commode dividuntur in originarios & voluntarios, sive incolas. Illi dijudicantur ex jure civium, quod obtinuerunt, hi ex habitatione in civitate. Quia vero & hi tutela magistratus fruuntur, æquitatis est, ut & onera personalia subeant imo & patrimonalia, si possessiones habeant. Alia ratio est suburbicariorum, **der Vorstädter**, quippe quorum mox melior, mox deterior conditio est. Regulariter jure civium non fruuntur, subsunt tamen magistratui urbano. Sigillatim in odiosis, ubi civitati cum extraneis res est, urbem a suburbio separari, illamque muro contineri dicunt Berger. *Oec. Jur. p. m. 61.* Cum suburbicariis tamen denuo non sunt confundendi Pfalburgeri, per quos recte intelligimus eos, qui in præjudicium civitatis, cui adhuc fuere addicti, alterius civitatis membris sese associant. Hos enim recipere in numerum civium vetat Aurea Bulla *tit XVI.* ibique Limnaeus *Obs. II.* Qui tempestive monet, nullam obesse legem, quo minus quis alterius civitatis tutelam impetrare possit, modo a fraude & dolo sit alienus. Dari enim ejusmodi cives, qui & domicilio in quadam civitate, & tutela ejus utuntur, nec non de possessionibus onera recipiunt, cæterum forum privilegiatum agnoscunt ratione personæ, experientia docet. Denique & dantur cives, qui neque in urbe habitant, neque jurisdictionem magistratus in personalibus agnoscunt, sed tantummodo possessionum causa,

quas

quas ibi habent, nexum cum civitate colunt, qui Forenſes nominantur. Sed de his & aliis plenius egit BEYER *Jur. German. Lib I cap. XII.* Conf. *Introduct. in Jus Saxonic. P. I. Exerc. IX. §. III ſq.*

NOBILES) Horum jura iterum late exponit BEYER *d. loc.* Cum his tamen Patricii non ſunt confundendi. Utut enim hi ipſi, poſtquam civitates Germaniæ ſub Henrico Aucupe incrementa cepisſent, urbes vel magiſtratus in ſe recipiendi cauſa, vel habitandi & commodius vivendi gratia intrarent, poſtea tamen iis inſtituta civium ita placere cœperunt, ut & ipſi illis nomina darent, & perſonas civici ordinis thori ſocias optarent. Idque cum diſpliceret ingenuis reliquis, antiquorum inſtitutorum tenacioribus, non dubitarunt iidem, quin quædam ingenuitatis jura ſibi ſolis uindicarent, & præeminentiam in eo collocarent, quod Patriciis præcluſus eſſet ad iſta jura liber acceſſus. Cui defectui, ut obviam irent patricii, ex re ſua duxerunt, peculiaribus diplomatibus Imperatoriis jura nobilitatis conſervare. Eaque ratione enata eſt diſtinctio inter Patricios legales, & vulgares. Ex quibus illi nobilibus per omnia æquiparantur, hi a quibusdam juribus, maxime jure torneamentorum excluduntur. BEYER *d. l.*

MATER SIT IGNOBILIS) Sed tamen, qui ex patre nobili & matre ignobili ſunt progeniti, iis juribus non fieri poſſunt participes, quæ ingenuos natales ex utraque parte requirunt. Atque hi natales adeſſe debent, 1) ut quis recipi poſſit in Collegia majora Capitularium 2) ut quis jure tornamento-

mentorum fruatur, in quibusdam provinciis 3) ut deliberationibus in Comitiis provincialibus interesse possit. In reliquis casibus sufficit nobilitas ex linea paterna ZIEGLER *de jur majestat. Lib. I. cap. XVIII §. XVIII.*

## Aphor. III.

SPECIALIA INEUNT COLLEGIA) Auctor hic dubio procul intelligit collegia opificum, quæ cum aliis collegiis in eo conveniunt, quod I) se uniant ad finem specialem & stabilem, atque sic societatem perpetuam ineant, II) quod publice debeant esse approbata. III) quod statuere possint de negotiis Collegii, IV) quod ipsis habere liceat, res communes, arcam communem, sigillum commune, V) quod Syndicum constituere debeant, qui negotia eorum judicialia pertractet, V) quod beneficio restitutionis in integrum utantur. Hæc jura, ut & originem Collegiorum opificum erudite pro more enucleavit HEINECCIUS *Diss. de Collegiis & corporibus opificum.*

## Aphor. V.

ET INFAMIAM JURIS) Ut dudum observarunt viri eruditi, JCtos incautos fuisse in discernendis terminis infamiæ in Republica & extra Rempublicam, summaque imis hoc in argumento miscuisse, vid. THOMASII *Dissert. de existimatione, fama & infamia extra Rempublicam*, ita non abs re videtur, terminos illos sollicitius distinguere. Vel enim homines peccant contra regulas honesti & decori, illi philosophice solum & moraliter infamiam contrahunt, seque ipsos suspicione

cione

cione gravant, quod pro idoneis humanæ societatis membris haberi non possint, vel peccant contra regulas justi, & legem prohibitivam, & sese indignos faciunt societate civili. Ista infamiæ species ad Jurisprudentiam proprie non pertinet, si tamen divinare licet, valde probabile videtur, JCtos ideo de infamia facti decisionibus suis quædam immiscuisse, quod vi æmulationis, quæ inter eos & Philosophos intercedebat, cives vellent non legibus solum sed & virtuti conformem vitam agentes. Interim diversos non posse non producere diversas has infamiæ species effectus palam est, sicuti etiam diversa ratione contrahuntur, & diverso modo cessant. En differentias principales. I) Infamia juris unico facto a legibus notato contrahitur. Infamiam facti non contrahit, nisi qui honestatem & decorum iterata vice vilipendet, **der aus liederlichen Dingen ein Handwerck macht.** II) Infamia juris existimationem apud omnes, infamia facti apud graves & honestos viros lædit. III) Illa a dignitatibus suscipiendis & susceptis removet *L. XII. C. de dignitat.* hæc a suscipiendis solum *L. II. C. Eod.* IV) Illa perpetua est, nec nisi Principis dispensatione interveniente tollitur *L. XLIII. §. IV. de Ritu nuptiar.* Hæc cessat, quando quis ad sanos mores revertitur, quod ex lapsu triennii, per quod quis a turpi vita destitit, colligi posse credit SCHILTER *Exerc. X. §. XXVI.* V) Illa testem suspectum facit, hæc fidei testimonii non obest.

Aphor.

## Aphor. VII.

IRROGATUR AUTEM VEL IMMEDIATE) Idque fit, quando factum ita notorie injustum est, ut nulla ratione excusari possit. v. c. Si quis in adulterio deprehensus *L. XLIII. §. XII. de Rit. nupt.* Frustra enim sententia judicis desideratur, quando factum negari aut excusari nequit. Mediate irrogatur infamia in delictis non notoriis, quæ vel negari vel excusari possunt. Tunc enim opus est, ut judex prius inquirat; an & quo animo perpetratum sit delictum, ne is, qui citra intentionem delinquit, æquali pœna subjiciatur cum illo, qui ex proposito peccat.

IN CAUSIS FAMOSIS) Pertinent huc etiam nonnulli contractus, in quibus de singulari fide rupta actio directa instituitur, puta: tutela, depositum, societas, mandatum. Non solum enim hi contractus per se peculiarem fidem requirunt; sed & perfidia sine dubio turpior, quam necessarii & amici, qui in ejusmodi contractibus plerumque eligebantur, committunt. *L. VI. §. V. D. de his, qui notant. infam.* Possunt tamen, qui condemnationem ex actione directa metuunt, transactione interveniente sese a pœna infamiæ liberare *L. VII. D. Eod.* quod in delictis secus. Primo enim contrahens, qui fidem violat, non fit infamis, nisi sententia lata, atque in ea doli mentio facta sit. Deinde, ille quidem, qui super delicto transigit, delictum confitetur, & sic ex ficta confessione infamiam incurrit *L. IV. §. fin D. Eod.* at qui super contractu transigit, hoc solum fatetur, quod contra-

 xerit.

xerit. Fidem vero ſe violaſſe neque fatetur, neque negat, & ſic nec pœna locum habere poteſt.

## Aphor. VIII.

Levis notae macula) Tertium hoc infamiæ genus interpretes præter mentem Juris Romani finxerunt. Ad oculum enim demonſtravit Heineccius *in Diſſ. de levis notæ macula*, Triboniani incuria Legem *XXVII. C. de inoffic. teſtam.* in qua iſtam maculam ſeſe inveniſſe gaudent rerum Romanarum incurioſi, mirifice corruptam, ex duabus legibus Conſtantini Magni formatam, & intentionem legislatoris alias ſatis perſpicuam in ſenſum plane diverſum detortam eſſe. Natales igitur hæc levis notæ macula Germaniæ debet, & vel clero papali, vel collegiis opificum, vel forſan utrisque adſcribendum eſt, quod nova infamiæ ſpecies ſit excogitata. Poſtquam enim invaluerat mos, ut Clerus in monaſteria & Collegia coactus, & de propagando monſtro jurisdictionis Eccleſiaſticæ ſollicitus, immunitatem Eccleſiaſticam cum variis opificibus, quibus carere haut poterat, communicaret aliosque excluderet, tanta hæc res viſa eſt Collegiis opificum, ut excluſos vix dignos judicarent, qui jure Collegii participes fierent, cumprimis, quia ipſis ſemper in ore erat: die Handwercker müſſen ſo rein ſeyn, als wenn ſie eine Taube geleſen hätte. Quid mirum itaque, quod hi miſeri homines etiam male audirent apud vulgum, eorumque adeo infelix evaderet conditio, ut cujuslibet contemtui exponerentur. add. Heineccium *dict. Differt.* Quæ cum ita ſint, laudem omnino mere-

meretur Principum nostrorum cura de abstergenda illa macula, & eradicando præjudicio, quod animis hominum per secula infixum hæsit, de salute Reipublicæ agi, si levis notæ macula notatis aditus ad jura opificum concederetur.

ILLEGITIMA NATIVITATE) Sed vellem edoceri, quo nomine venlret grave illud delictum, quo spurius se commacularet, quodque esset fundamentum infamiæ illis irrogandæ. Certe nec vile, nec abjectum, nec sordidum factum ex parte spuriorum adest. Eos autem ideo punire velle, quod parentes eorum deliquerint, cum regulis justitiæ aperte pugnat, cum delicta suos tenere debeant auctores.

## Aphor. IX.

RECENSENDI SVNT) Quæ exempla hic enumerata hac complecti solent regula: Ubi nullum factum, nec turpe, nec vile adest, ibi nulla macula. Et sic procul dubio irrationabilis est consuetudo opificum, quando eum, qui ex stupro natam vel ab alio vitiatam uxorem duxit, non jure Collegii solum indignum, sed ipsum hoc factum pœna quoque expiandum esse existimant. WERNHER. *P. VII. obs. XXII. & CLXX.* BERGER. *Lib. I. Resp. CLII. & Resp. CCLVII.*

## Aphor. X.

ABOLETVR INFAMIA) Sed & hoc in quæstionem venit, anne temporis lapsu expiret infamia, si forsan ob delictum commissum pœna temporalis sit dictitata? Distingue. Aut causa sua natura famosa fuit, & effectus infamiæ est perpetuus,

 nam

nam & effectus legis, ex qua infamia irrogatur, perpetuus est, *L VI. C. de his, qui notant. infam.* Aut causa fuit arbitraria, tunc tempore elapso effectus pœnæ cessat *L. III. C. Eod..* De ipso argumento, quomodo infamia evitetur aut aboleatur, vide late BERGER. *Oecon, Jur. p.m.70. sqq.*

# Tit. XIV.
# De Capitis diminutione.
## Aphor. II.

STATUS MUTATIO IN DETERIUS) Omnis doctrina de capitis diminutione originem habet a censibus Romanis. Habebant enim Romani tabulas censuales, in quas omnes, qui in civium essent numero, referrent; Qui itaque in has tabulas referri poterat, capite census, qui inscribi non poterat, capite destitutus, qui in censum relatus iterum eximebatur, capite minutus dicebatur. Conf. HEINECCII *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. XVI. §. I.* Idque ultimum fiebat, si quis statum vel libertatis, vel civitatis, vel familiæ amisisset. Quod fundamentum est triplicis capitis diminutionis maximæ, mediæ & minimæ. His vero prælibatis vereor, ne incongrue hoc argumentum in foris nostris applicetur. Deest liber censualis, desunt servi Romani, desunt privilegia civium Romanorum, deest effectus adoptionis & emancipationis, qui Romæ fuit, & adest tamen in foris Germaniæ capitis diminutio!

## Aphor. IV.

PER INTERDICTIONEM AQUAE ET

IGNIS

IGNIS) Quæ ita fiebat, ut civi Romano, cui invito jura civitatis Romanæ eripi non poterant, quem tamen Romani ejectum vellent, tecto, aqua & igne interdiceretur, quo ille his necessariis vitæ subsidiis ademtis, ultro exiret, & aliunde sese conferret. Hoc enim facto jus civitatis ipso jure amittebat. Conf. HEINECCIUM *Antiquit. Roman. Lib. I. Tit. XVI.* §. *X.*

PER DEPORTATIONEM) Cujus auctor Augustus ita eam peragi voluit, ut rei compedibus vincti impositique navibus, servis publicis, qui eos deportarent in insulam, traderentur. DIO CASSIUS *Lib. LVI. p.587.* OISEL. *ad Caji Instit. Lib. I. Tit. 6. §. I.* Haud tamen cum deportatione hac confundenda est relegatio. Ista enim jus civitatis plane tollebat, hæc jus solum habitandi vel ad tempus vel in perpetuum adimebat, salvis cæteroquin juribus civitatis *L. XI. D. de public. judic.* OVIDIUS *Lib. V. Trist. Eleg. II.*

## Tit. XV.

## De Actionibus præjudicialibus in specie ita dictis.

### Aphor. I.

IN JUDICIO) Hac vero ratione omnis privata dictio juris excluditur, quippe quam leges adeo abhorrent, ut eandem ipsam ipsius juris amissione puniant *L XIII. D. quod met. caus. L. VII. C. unde vi.* Non tamen ideo prohibita defensio vitæ, bonorum, & jurium privata contra eos, qui injusta vi nos aggrediuntur. Ejusmodi

enim vim privatam non leges ſolum Romanæ generatim probant, & in variis caſibus permittunt, *L. III. D. de Juſtit. & Jur. L. I. C. unde vi*, ſed & Germanis pro tuenda poſſeſſione ſolenne eſſe remedium pignorationis, experientia docet, vid. late STRVVIVM *Tr. de vindicta privata.*

## Aphor. II.

AVT IN PERSONAM) Ex quibus illæ ſeſe fundant in jure in re, hæ in obligatione ex facto licito vel illicito proveniente. Illis rem perſequimur, quæ jam noſtra eſt, a quovis poſſeſſore. His rem promiſſam ſolum perſequimur a promittente. Nomine vero generali Romani actiones in rem *vindicationes*, actiones in perſonam *condictiones* vocari conſueverant *§. XV. J. de action.* Cujus denominationis ratio inde petenda, quod, ubi de reali actione ſermo eſſet, pugna quædam fictitia & imaginaria inter litigantes intercederet, quod manum conſerere, vel vindicias facere vocabant. In perſonalibus vero actionibus litigantes invicem dicebant, alter ajebat, alter negabat, & poſtea ſponſione quadam ſe provocabant. Confer SIGONIVM *de Judiciis.*

MIXTAM CAVSAM OBTINERE VIDENTVR) Et huc pertinent tria illa judicia communia & diviſoria, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum. Fluunt hæ actiones ex jure in re, ex dominio nimirum vel jure hæreditario. Quia tamen is, qui communem hereditatem, vel communia bona adminiſtrat, ſeſe vi quaſi contractus ſimul obligat ad rationes reddendas, damnaque

mnaque resarcienda, istæ actiones etiam aliquid trahunt ex actionibus personalibus, & inde mixtæ vocantur. Sunt tamen etiam actiones quædam sua natura personales, & nihilosecius contra quemvis possessorem institui possunt, quas sigillatim in rem scriptas vocamus. Illæque sic alio sensu mixtæ dici possunt. Utut enim persona nobis solum obligata sit ad rem præstandam, ob vitium tamen violentiæ vel metus, quod rei cohæret, quilibet rei possessor obligatus est, quia rem cum vitio tenet. Exemplum ejusmodi actionis invenies in actione, quod metus causa.

## Aphor. III.

VINDICAMUS) Generatim enim actiones præjudiciales eo tendunt, ut jus nostrum ex diverso statu personarum oriundum contra negantem salvum & integrum declaretur, idque ipsum quasi ablatum iterum restituatur.

## Aphor. IV.

ACTIONES PRAEJUDICIALES) Quæ denominatio inde præsertim desumta, quia plerumque quæstiones de statu, indeque dependentibus juribus aliud judicium præcedere solent, in quo de jure ex statu personarum competente sermo est. Non enim prius de hoc ipso judex arbitrari potest, quam quæstio de statu sit discussa. Atque ea ratione hæc quæstio præjudicium facit causæ principali. Sic e. g. quando filius ad hereditatem patris admitti vult, possessor vero hereditatis de natalibus excipit, ut de his, an legitimi sint nec ne, præprimis cognitio fiat, omnino est necesse.

## Aphor. V.

SERVITIORUM RUSTICORUM) Nec dubitant Doctores, quin & his in casibus regulam a Pomponio in *L. XX. D. de regul. Jur.* suppeditatam, quod nempe in dubio interpretatio pro libertate facienda sit, ad exemplum trahant. Utut enim Germanis nunquam tantus libertatis favor fuerit, ut illa pro re inæstimabili haberetur, & commercium hominum effugeret; Utut porro Jure Civili servitia, quæ rustici de fundis suis prædiorum equestrium possessoribus præstant, incognita imo sub gravi pœna in *L. II. C. Ne rusticani ad ullum obsequ. devoc.* prohibita fuerint; naturali tamen libertati ista servitia adversari dicunt, ideoque odio habenda, & quantum fieri potest, restringenda esse addunt. Sed horum opinioni, ne indistincte subscribam, ea impediunt, quæ supra ad Lib. I. Tit. IV. aphor. V. de conditione nostrorum rusticorum retuli. Res eo redit, quod præstationes reales, quatenus rem rusticam respiciunt, præsumendæ sint, reliquæ præstationes personales, quæ citra pactum vel legis dispositionem non debentur, strictam interpretationem admittant.

## Aphor. VIII.

CONTROVERSIA OCCURRIT) Sigillatim vero in actione de partu agnoscendo duo probanda sunt, nativitas, & paternitas. De nativitate legitima & illegitima jam alibi diximus. Paternitas vero, quando de partu legitimo sermo est, parum difficultatis habere videtur, si modo nativitatem justo tempore contigisse quis docere possit. Sed quod partum

partum illegitimum attinet, matris quidem assertioni statur, non tamen, credo, alia ratione praesumtionem hic oriri posse, quam si ipsa inculpatio aliis adminiculis adjuvetur. Sola enim inculpatio socii criminis nunquam fidem habet Constit. Crimin. *art. XXXI.* Clara etiam adest de hoc argumento *L. XVII. C. de accusation.* Idque ratione non caret. Misera enim alias esset virorum integerrimorum conditio, si mulierculis levissimis, & ob stuprum commissum sublectae fidei id concederetur, ut sola nominatione sua criminis reos facere, aliosque in existimationis discrimen conjicere possent. Quare, nisi ejusmodi nominationi alia ratione fides concilietur, ne ad juramentum quidem matrem admitti testemque in propria causa constitui posse existimo. Eadem ratione nullum ex assertione mulieris parturientis de filii sui illegitimi patre sufficiens ad inquirendum, vel purgatorium juramentum dictandum oritur indicium. add. Carpzov. *Qu. Crim. CVIII. n. 58.* Gail. *Lib. II. obs. XCVII.* Leyser. *Spec. XIV. med. IV. & spec. CXLII. med. VII.*

Teneatur) Modo tamen tempus, quo se concubuisse fatetur, ejusmodi sit, ut proles ex illo concubitu nasci potuerit. Alias enim stuprator ad alimenta praestanda nequaquam tenetur. Wernher. *P. I. obs. XXIII.* Quamvis vero ex stupro, quod quis fatetur, paternitas praesumatur, adeo, ut ne quidem exceptio non secutae consummationis ab onere alendi liberet, hoc tamen intelligendum est de casu, ubi non constat, circa idem tempus ali-

 um

um cum eadem fœmina rem habuisse. Alias enim, si fœmina, se duos stupratores admisisse, fatetur, alterum vero ex iis patrem partus sui esse contendit, probationem in se suspiciat, omnino est necesse, IDEM *P. IV. obs. CXXXIII.*

PATREM CERTUM NON HABENT) Et ideo neuter ex pluribus stupratoribus ad partum agnoscendum & alendum est obligatus. Dissentit quidem BRUNNEMANN. ad *L. V. de agnosc. & alend. liber. n. 20.* & omnes, quotquot cum fœmina rem habuerunt, ad alendum obligat. Sed singularem hanc opinionem merito rejicimus, & cum CARPZOVIO in *Jurispr. Eccles. Lib. III. Def. LXXXI.* matri onus alendi imponimus; siquidem onus alendi non ex delicto, sed ex officio parentum fluit, & sic nemini, nisi qui pater est, injungi potest.

## Tit. XVI.
## De Tutelis in genere.
### Aphor. I.

QVAE IN TVTELA VEL CVRA SVNT) Quo huic argumento de tutela & cura fiat satis, præmonendum duxi, varios a Romanis ætati primæ usque ad ætatem virilem præstitutos esse terminos, diversaque in singulis obtinuisse jura. In infantia constituti, atque annum septimum nondum egressi, ob defectum usus rationis nihil plane agebant, sed ipsis dabatur tutor, qui omnia suo administraret nomine, vicesque infantis in omnibus negotiis sustineret. Qui in pueritia vivebant, cui terminus ab octavo anno usque ad annum decimum quintum assignatus erat, nisi quod fœminæ

næ post annum duodecimum pubescerent, omnia jam recte agebant, integram tamen personam cum sustinere ob infirmitatem intellectus non possent, in omnibus negotiis, in quibus conditionem suam deteriorem reddere poterant, intercedere debebat tutor, auctoritatem suam interponendo. *pr. J. de auctorit. tut.* Postea, qui annos impubertatis esset egressus minorque diceretur, nullo amplius directore negotiorum indigebat, sed valide omnia gerebat, nisi quod ad judicialium actuum stabilitatem firmandam urgente adversario curatorem acciperet invitus *§. II. J. de Curator.* Nec unquam ipsi necessitas habendi curatorem in reliquis negotiis extrajudicialibus fuit imposita, sed prospectum solum, ut curatores, si tales ad evitandas læsiones, quas ob judicii immaturitatem facile incurrere poterant, rogarent constituendos, citra famæ periculum acciperent OISEL. *ad Caji Instit. Lib. I. Tit. VIII.* Atque ista minorum conditio durabat quidem, usque dum annum vigesimum quintum supervixissent. Tum enim majorennes fiebant, &, quicquid agebant, firmum semper stabileque manebat; Verum, ut ista dispositio de negotiis solum privatis, quæ durante minorennitatis termino expediebant, accipienda est, ita e contrario, si negotia publica spectes, annum decimum octavum completum pro termino ad quem venditabant Romani, ut officia virilia & possent & deberent in se suscipere minores. Hoc anno completo ætatem aptam esse existimabant ad civium munia obeunda, & virilibus officiis convenientem, eamque primam ætatem vocabant

*L.*

*L. LXVIII pr. D. ad L. Falcid.* Hoc anno togam virilem ſumebant GELLIVS *Noct. Attic. Lib. X. cap. XXVIII.* Hoc anno pro ſe & pro aliis poſtulabant. *L. I §. III. D. de poſtul.* Conf. *Comment. ad Conſtit. omiſſ. Manip. I. obſ. XI.* Atque hunc terminum, quod obiter moneo, alias quoque gentes obſervaſſe, inde cognoſcimus, quia Germani noſtri eundem ad capeſſendam ſummam rerum, & ſervitia feudalia ſubeunda, præſtandamque fidem Vaſalliticam aptum judicarunt. BERGER. *Oec. Jur. Lib. I. Tit. II. §. V.* Iſta interim terminorum infantiæ varietas fundamentum diſtinctionis inter tutelam & curam conſtituit Jure Romano, nec una ratione utriusque diverſos producit effectus, de quibus poſtea videbimus. Verum enim vero vereor, ne Germani hoc in argumento plus auctoritatis tribuant Juri Romano, quam par eſt, & mores noſtri ferunt. Certe Germanis noſtris una ſemper fuit infantia, una pubertas, impuberesque & minores quoad conceptum quidem, non vero quoad rem ipſam diſcrepare, evidenter docuit BEYER. *Diſſert. de hodierna tutor, & curator. different.* Imo Tutores & Curatores, quos in effectu jam ipſum Jus Romanum ſibi invicem exæquavit, hodie parum vel nihil ab invicem diſtare, unamque & eandem eorum eſſe obligationem, ex iis, quæ demonſtranda ſuperſunt, dilucide apparebit.

## Aphor. II.

JVRE CIVILI DATA ET PERMISSA) Hanc definitionem Servii JCti, ad rationes Romanorum ſpeciales accommodatam retinere maluerunt noſtrates,

ſtrates, quam aliam noſtris moribus convenientem ſubſtituere. Nobis vero tanta antiquitati non videtur exhibenda veneratio, quin exiſtimemus, definitionem tutelæ ita formandam eſſe, ut rem ipſam plus illa planam & perſpicuam ſiſtat. Certe Servius cauſam habere credidit ſufficientem, cur tutelam vim diceret & poteſtatem in capite libero, cum ſua ætate non pupilli ſolum, ſed & fœminæ ſub tutela viverent. Vim igitur nominat tutelam habito reſpectu ad pupillum, cujus educatio, quæ absque caſtigatione vix curari poterat, tutori eſſet commiſſa; poteſtatem vero eam vocat fœminarum intuitu, quarum negotiis tutor ſolum interveniebat auctoritatem ſuam interponendo. Apud nos vero, cum tutela ſolum in pupillos locum habeat, potius dixeris, eam eſſe munus publicum in onere pupillum educandi & bona ejus adminiſtrandi conſiſtens. Et ſic hoc de tutela argumentum ad duo iſta axiomata generalia facile revocaveris, I) Tutelam eſſe munus publicum, II) Tutorem primario dari perſonæ pupilli. Prius diſertis verbis approbat *pr. J. de excuſat. tutor.* poſterius §. *IV. J. qui teſtament. tutor. dari poſſ.* Nec eſt, cur de uſu hujus obſervationis generalis in foris noſtris dubitemus, cum partim rationis & Reipublicæ utile ſit, ne pupillus absque directore actionum vivat, partim experientia confirmet, id præprimis tutori commiſſum eſſe, ut pupilli perſonam ita formandam curet, quo dignum Reipublicæ membrum aliquando evadat. His vero præmiſſis evidens fieri exiſtimo I) Tutorem cogi poſſe invitum ad tutelam

lam ſuſcipiendam. II) Non aliis excuſationibus eundem uti poſſe, quam quæ alias a munere publico excuſant, III) habilem eundem eſſe debere, ut munus publicum in ſe poſſit recipere, IV) Gratuitum ejus eſſe officium, V) Talem eligendum eſſe tutorem, qui ipſe bonis moribus eſt præditus, quique exemplo eſſe poteſt pupillo, VI) Ceſſare officium tutoris finitis annis impubertatis, VII) Certæ rei vel cauſæ tutorem non dari. Quia vero tutor per conſequentiam etiam bona pupilli adminiſtrat, præterea, quod habilis eſſe debeat ad dirigendas pupilli actiones, habilitas etiam VIII) requiritur, ad adminiſtranda negotia. Cæterum, quo tutor duplici ſuo officio ex aſſe ſatisfaciat, id agat, ut in educando pupillo patris obligationes, in ejus bonis adminiſtrandis boni & providi Patrisfamilias partes accurate impleat.

## Aphor. IV.

CONFIRMENTVR) Non itaque ceſſat hodie triplex illud tutelæ fundamentum, voluntas nempe patris, lex, & Magiſtratus decretum. Hoc enim cum Jure Romano ad noſtra fora transiit. Sed, quia, ut dixi, Reipublicæ intereſt, ne pupillus maneat indefenſus, utque perſona ejus & patrimonium contra inſidias & machinationes tutorum defendatur, optimo conſilio diſpoſitum eſt, ne prius tutor ad adminiſtrandum procedat, quam cauſa ſufficienter cognita, perſpectaque ejus idoneitate. Ut ſic hodie merito diſtinguendum ſit inter tutoris conſtitutionem, & tutelæ delatæ adminiſtrationem. Triplici enim modo quidem conſtituitur, adminiſtratio

ſtratio vero & tutelæ exercitium ipſi demum traditur per confirmationem. Inde vero ſponte fluit. I) Tutorem perſonam ſuam non legitimare teſtamento vel ſchemate genealogico, ſed teſtimonio magiſtratus ſuper confirmatione exhibito. II) Tutorem ante confirmationem tutelæ nomine non teneri, III) hypothecam legalem pupillo in bonis tutoris conceſſam demum a die confirmationis incipere, BERGER. *Oec. Jur. Lib. I. Tit. IV. §. II.*

## Tit. XVII.

## De Teſtamentaria tutela.

### Aphor. I.

ET IN CONFIRMATAM) Et hæc tutela, ne quid diſſimulemus, non incipit a teſtamenti factione, ſed demum a confirmatione magiſtratus, & re ipſa eſt tutela dativa. Cum enim unicum tutelæ teſtamentariæ fundamentum ſit Patria Poteſtas, certe nulla tutoris datio, quæ alio fundamento innitebatur, per ſe ſubſiſtebat. Quatenus tamen tutor a Patre adhuc eſſet datus, utut ceſſaret Patria Poteſtas, ita confirmandum eſſe tutorem crediderunt Romani, ut in ejus mores & idoneitatem haut inquireretur *§. V. J. de tutel.* perſuaſi forſan, patrem id jam egiſſe, ut non niſi idoneum liberis ſuis tutorem eligeret. Quod tamen hodie ceſſare, ex ſupra dictis patet.

### Aphor. II.

IMPVBERIBVS) Haut itaque permiſſum erat patri, tutorem in teſtamento ultra tempus impubertatis conſtituere, partim quia tutela ipſo jure finieba-

niebatur adepta pubertate, partim, quia minori tutor non dabatur. Imo, etiamsi adjecisset pater, se tutorem testamento datum curatorem quoque dare, nihil tamen agebat, cum neque curator invitus ad suscipiendam curam, neque minor invitus ad accipiendum curatorem cogi posset. §. *XVIII. J. de Excus. tutor*. Verum hæc denuo hodie aliter sese habent, cum & tutor & curator invitus officium subire & pupillus æque ac minor invitus directorem actionum & negotiorum admittere debeant. Ipsaque docet experientia, eum, qui tutelam pupilli gessit, curam quoque minoris continuare.

IN POTESTATE CONSTITVTIS) Et sic dubio procul etiam exhæredatis. Patriam enim potestatem exhæredatione haut tolli, per se constat.

## Aphor. III.

NEPOTES NON COMPREHENDVNTVR) Hoc singulare esse, inde apparet, quod alias filiorum appellatione & nepotes contineantur. Sed hanc regulam de favorabilibus solum explicant. Ubi vero nepotum, vel tertii etiam, ut hic tutoris, præjudicium concurrit, filios solum de liberis primi gradus accipiunt. Et hanc opinionem hodie sequimur, ex hac etiam ratione, quod nepotibus inde nullum inferatur damnum, etiamsi in doctrina de tutela sub denominatione filiorum non comprehendantur, cum judex ipsis nihilosecius de tutore prospicere possit ac debeat. Plane si filios nominavit testator, nec tamen filios, sed nepotes solum habeat, de his eum cogitasse existimandum est.

Aphor.

## Aphor. VI.

NON JUSTO TESTAMENTO) Nec intereſt, quacunque etiam ratione teſtamentum irritum dicatur. Nam tutor quoque confirmandus eſt, in teſtamento imperfecto datus *L. II. C. de confirmand. tutor.* Idem juris eſt, quando teſtamentum deſtituitur SCHILTER *Ex. XXXVII. th. XXVII. ſqq.* cum & in ruptis teſtamentis judex admoneatur, ut voluntatem paternam obſervet *L. XXXI. D. de teſtamentar. tutel.* ac generatim hic unice ad patris voluntatem reſpiciendum ſit. Et ſic etiam ſuſtinetur tutoris datio, etiamſi teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindatur. *L. XXVI. in fin. D. Eod.* NOV. *CXV. cap. III. in fin.*

# Tit. XVIII.

# De Legitima tutela.

## Aphor. I.

ADMINISTRARE) Eſt itaque hæc adminiſtratio legalis, nec patri absque juſta cauſa adimi poteſt, niſi quod matri, aviæ, aliisque parentibus ſalva facultas fuerit relicta, patrem ab hac adminiſtratione excludendi, liberisque ſpecialem curatorem conſtituendi NOVELL. *CXVII. cap. I.* AUTHENTIC. *Excipitur C. de bon. quæ liber.* Ut autem, niſi expreſſe ea de re ſeſe declararint mater & avia, ipſa adminiſtratio haut videatur ademta; ita e contrario expreſſe ademta de bonis ſolum, quæ ultra legitimam liberis relinquuntur, accipienda eſt, ipſa vero legitima, ne patris quidem

dem intuitu onere quodam gravari potest Berger. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV. §. XV.* Brunnemann. *ad d. Authent.*

Apud Magistratum deponere) Generatim hanc administrationem patri, vi Patriæ Potestatis, a legibus concessam, nostro idiomate quidem eine natürliche Vormundschafft nominare solemus. Verum rem ipsam, si spectes, ex *L. VIII. C. de bon. quæ liber.* facile cognoveris, nihil fere esse, si ab administratione discesseris, in quo conveniant ambæ. Partim enim reverentia, quam liberi debent patri, partim præsumtio pietatis paternæ, ab obligationibus, quæ tutoribus alias incumbunt, patrem præstant immunem. Non enim indiget confirmatione judiciali, non satisdat, non jurat, inventarium non conficit, fructus lucratur, rationes non reddit, perfide administrans non fit infamis. Administrat igitur solum, & ita quidem administrat, ut substantiam bonorum, quæ ad liberos spectant, salvam conservet, atque officia pii patris, & boni patrisfamilias impleat. Sic etiam recte alienat, quando id necessitas vel utilitas urget. Ipsum vero hujus administrationis fundamentum ita comparatum est, ut facile appareat, solis liberis in potestate patria viventibus interdici, ne patris administtationem perscrutentur, eique aliquam super illa controversiam moveant. Quare pater, si ipsi cum extraneis, cum liberis emancipatis, cum heredibus liberorum res sit, pro mero negotiorum gestore habetur, nec beneficio d. L. VIII. utitur. Leyser *Spec. CLXIV. med. III.* Wernher. *P. VII. obs. III.* Pari ratione

ratione & ille pater se beneficio reddit indignum, qui officia patris negligit, & prædonem in bonis liberorum agit. WERNHER *P. I. obs. XCII.*

## Aphor. IV.

LEGITIMA) Est hæc tutela Jure Romano mere subsidiaria, nec locum habet, quamdiu adhuc speratur tutela testamentaria. Hoc enim in casu magistratus interim pupillo prospicit de alio tutore, donec tutor testamento datus gerendæ tutelæ fiat idoneus. In totum itaque cessante tutela testamentaria, v. c. si tutor in testamento plane non sit datus, vel datus quidem, sed vivo testatore decesserit, aut post testatorem & ante pubertatem pupilli *§. II. J. de Legit. tutel. L. VI. D. de legitim. tutor.* lex proximos ab intestato successores vocat.

DEFERTUR) Omne itaque tutelæ legitimæ fundamentum est proxima spes succedendi, ut sic merito formari possit regula: Quicunque ad successionem ab intestato propior, ille ad tutelam legitimam suscipiendam proximus est. Quapropter nec dubitarunt Romani, quin & patronis, in liberti liberis, patri in liberis emancipatis, tutelæ onus suscipiendum imponerent. Nostris moribus legitima tutela prius cognita fuit, quam testamentaria, quippe quæ demum cum Jure Romano ad nos transiit. Hocque jus, cum in hoc argumento publice sit approbatum, merito sequimur in tutelis privatorum. Tutelas vero personarum illustrium quod attinet, non dubito, quin adhuc hodie tutela legitima testamentariæ sit præferenda, præsertim, cum in Aurea Bulla sit fundata, nec tanta Ju-

ri Romano unquam tribui possit auctoritas, ut principes nostros, ex quorum voluntate vel expressa vel tacita vim accepit, obliget. Multumque præterea interest, cuinam opinioni subscribas. Peculiaris enim tutelæ legitimæ apud Germanos ea est indoles, quod tutor fructus ex bonis pupilli suos faciat, præterque alimenta, quæ pupilli conditio exigit, quid amplius non præstet. Huic vero juri quæsito agnatos per receptionem Juris Romani tacite voluisse renunciare, quis facile crediderit. Ipsam interim hujus tutelæ indolem collige ex TITII *Spec. Jur. Publ. Lib. IV. cap. VI.* LUDWIGII *Diss. de tutela fructuaria.* COCCEJI *Diss. de tutela illustrium.* Controversiam vero de hoc argumento, utrum legitima testamentariæ tutelæ sit præferenda, inter Comites Palatinos ad Rhenum, Neoburgicum & Bipontinum, olim agitatam, dijudica ex peculiaribus ZESCHLINI & ZACHARIAE FRIEDENREICHII argumentis pro legitima tutela, & MARQVARDI FREHERI ut & DIONYSII GOTHOFREDI rationibus pro testamentaria tutela undique collectis & in peculiaribus scriptis propositis.

## Aphor. V.

SCTO VELLEJANO) Hoc quidem, quia leges prohibent, ne mulier pro alio intercedat, & sic actus, auctore matre tutrice gesti, validi efficiantur renunciatione SCti peracta. Secundis vero nuptiis ideo renunciant, ne vitricus liberis superinducatur, qui bonis privignorum insidias struat. Verum tamen hæc renunciatio non eum habet finem, tan-

tanquam mater plane excluderetur a secundis nuptiis, sed ea potius intentione peragitur, ne mater prius, quam petito alio tutore & rationibus redditis, ad secunda vota transeat. Quæ etiam causa est, quod renunciatio hodie jurato vix peragatur. Imo a ratione non abhorret, posse matrem, si rationum redditio paulo intricatior sit, ad consummationem secundarum nuptiarum, præstita sufficienti cautione, admitti. MEVIVS *ad Jus Lubec. P. II. Tit. II. art. XXIX. n. 20. in Additam.* LEYSER. *Spec. CCC. med. XVII.* quamvis id regulariter fieri nequeat, cum judex rationibus non redditis secundas nuptias prohibere debeat. Præcise enim hoc in argumento sequimur Jus Romanum in *c. LXVII. X. de Appellat.* confirmatum, illamque inter patrem & matrem binubam in Legibus Romanis constitutam differentiam, vi cujus non ille quidem, bene tamen hæc, per secundas nuptias administratione bonorum liberorum privatur, approbamus, add. *L. XXII. C. de administr. tutor.*

NON PRAEFERTVR MATER VEL AVIA) Cujus opinionis CARPZOVIVS hanc reddit rationem, quod hoc in casu tutela non sit opus, cum nepos in potestatem avi recidat. Verum hanc rationem indoli nostræ patriæ potestatis haut convenire, ex iis, quæ ad titulum de Patria Potestate dixi, facile patet. Magis itaque NOVELLAE *CXVIII. cap. V.* conformis est sententia BRVNNEMANNI *ad authent. Matri C. quand. mat. tutor. offic.* SCHILTERI *Exercit. XXXVII. th. LIX.* THOMASII *ad Strauchium Diss. V. §. XVI.* quod mater avo sit præferenda.

 NE-

NEGAT CARPZOV.) Nec hoc ratione caret, ſiquidem ejusmodi tutrix per beneficium reſtitutionis in integrum ex capite ætatis impetratæ omnes actus tutorio nomine geſtos irritos facere poſſet.

NON SVNT TVTRICES) Quod principiis Germanorum utique conveniens eſt, qui agnatis ex jure quodam quæſito tutelam olim deferebant. Poſtquam vero in tutelis privatorum Jus Romanum ſequi ſolemus, nec tutela legitima hoc in caſu amplius fructuaria ſit, matrem, ob ſingularem in liberos affectionem, quæ unicum tutelæ maternæ fundamentum eſt, in bonis feudalibus quoque ad tutelam admittimus, quanquam in foro Saxonico matri adjungi ſoleat peculiaris curator feudalis, BERGER *Oec. Jur. Lib. I. Tit. IV. §. III.*

## Aphor. VI.

DEFERTVR TVTELA) Quod eſt argumento, Saxones in tutela legitima deferenda non præciſe ad proximam ſuccedendi ſpem, ſed ad jus potius agnatorum, percipiendi fructus ex bonis pupilli, reſpexiſſe.

SEQVENS GRADV SVCCEDIT) Idque hodie ſemper obſervatur, quando legitimus tutor deficit, vel ab initio vel ex poſtfacto. Jure autem Romano, ſi inhabilis eſſet vel impeditus ejusmodi tutor, ſucceſſioni haut erat locus, ſed judex potius pupillo alium conſtituebat curatorem *§. V. J. de Curator. L. III. §. VIII. D. de legitim. tutor.* Quem enim lex vocabat, jus ex ipſa lege habebat quæſitum, quod ipſi eripi non poterat, etiamſi plane inidoneus eſſet.

Tit.

# Tit. XIX.
# De Tutela dativa.
## Aphor. III.

NOMINATIM HOC TRIBUTUM) Erat enim tutelæ datio non ordinariæ, ſed extraordinariæ jurisdictionis, id eſt, non magiſtratus ordinarius, ſed ad hunc actum in ſpecie conſtitutus tutorem dabat. Ordinaria autem jurisdictio jure magiſtratus competebat, omnesque tribuebat actus, qui ab officio magiſtratus ſeparari non poterant, ut ſic opus non eſſet, nominatim eos tribuere. Extraordinaria e contrario jurisdictio ex ſpeciali legis conceſſione dependebat, talesque actus complectebatur, qui ab officio magiſtratus abeſſe poterant. Quare mirum non eſt, quod leges Romanæ mox Prætori urbano, mox Præſidi provinciarum, mox Conſulibus, mox iterum Prætoribus, mox Præfectis urbi, mox Defenſoribus civitatum & Epiſcopis facultatem tutores vel cum vel ſine inquiſitione dandi conceſſerint, ceu late commemorat Juſtinianus in *tit. I. de Attilian. tutor. & eo, qui ex L. Jun. & Titia dabat.*

## Aphor. IV.

JURISDICTIONI SUNT SUBJECTI) Verum hoc utile ſolum, & ſuadendum, cum ſic magiſtratus eo facilius proſpicere poſſit, ne res pupillorum aliquid detrimenti capiant. Cæterum nullibi leges impediunt, quo minus tutor, qui alienæ jurisdictioni ſubeſt, conſtituatur, modo ſufficientem præſtet cautionem, & alias idoneus, nec a parenti-

bus prohibitus sit tutor esse, vid. *L. XXIV. D. de tutor. & curat. dat. L. XXI. §. II. Eod.* E contrario autem, quia tutor primario personæ datur, necessario in magistratu constituente respiciendum est, an competens sit ratione personæ pupilli. Non enim judex rei sitæ, non judex, qui jurisdictionem solum ad certam causam habet restrictam, sed judex domicilii tutorem constituit, eo effectu, ut bona etiam pupilli alibi sita administrare possit, quia tutor rebus pupilli per consequentiam solum datur. Unicus hic casus exceptus est, quod, si pupillus maximam bonorum partem sub alio judice habeat, & hic & judex domicilii de constituendo tutore sollicitus esse debeat. *L. unic. C. ubi pet. tut. vel curat. L. XXVII. D. de tutor. & curat. dat.*

## Aphor. V.

PVPIILLVS MINORVE SVBJECTVS EST) Et quidem inferior, si pupillus duplicem magistratum, superiorem & inferiorem agnoscit. Superiorem enim non solum haut obscure excludit *L. unic. C. ubi petant. tutor.* dum magistratum civitatis, cui pupillus bonave ejus subsunt, requirit, sed etiam in ORDIN. POLIT. IMPER. *de anno 1577. titul. XXXII.* datio tutoris magistratui ordinario adscribitur. Rem ex instituto egit BERGER *Elect. Disc. For. p. 313.*

Tit.

# Tit. XX.
# Qui petant tutores vel curatores, & ubi petant.

## Aphor. I.

IVSTA CAVSA EXCVSETVR) Quorſum pertinet, ſi mater fuerit minorennis, tum enim, quia delictum ſolum contra jus civile commiſit, in integrum reſtituitur contra pœnam amittendæ hereditatis ab inteſtato *L. II. C. ſi adverſ. delict.*

DECESSERINT IMPVBERES) Tum enim tota hereditate privatur. Filius vero pubes factus, ſi matrem in teſtamento nominatim ab hæreditate non excludat, iniuriam remiſiſſe cenſetur *L. III. C. ad SCtum Tertullian.* Utut vero filio puberi matrem exheredandi, & injuriam illatam vindicandi data ſit facultas, haut tamen exiſtimo, eum matri legitimam adimere poſſe, cum iſta cauſa, ſi tutor non ſit petitus, inter reliquas cauſas in NOV. CXV. expreſſas haut referatur. STRYCK *ad Lauterbach. h. tit.* IDEM *uſ. Modern. h. tit.* §. *IV.* Et ſic certe filio pubere facto ipſa pœna ceſſabit, cum excluſio a reliqua hereditate ideo pœna dici non poſſit, quia nulla de jure filio impoſita eſt obligatio, ut matrem in bonis, quæ legitimam excedunt, heredem inſtituat.

## Aphor. II.

EX OFFICIO DEBET) Idque hodie plerumque fit non expectata petitione tutoris a matre

tre vel aliis cognatis peragenda. Pertinet enim ad curam magiſtratus, qua talis, ut pupillo de tutore proſpiciat. Cumque jurisdictiones hodie non adeo magni ambitus ſint, quin magiſtratus reſciſcere poſſit, ubi tutore opus eſt, ipſa ratio ſtatim in oculos incurrit, quare hodie tam frequenter tutores non petantur. Aſt Romani iſta diſpoſitione de tutoribus petendis eo magis indigebant, quo certius conſtat, tutoris dationem non officio magiſtratus cohæſiſſe, ſed a peculiari conceſſione dependiſſe, ſicque neceſſe fuiſſe, ut judex de dando tutore admoneretur.

### Aphor. IV.

Cogvntvr vero aliqvando) Imo vero ſemper cogendum eſſe minorem, ut curatorem accipiat, ſive adſit, qui petat, ſive id magiſtratus officio relinquatur, noſtris moribus vel ideo convenit, quia in minoris arbitrio haut eſt poſitum, velitne curatorem admittere, nec ne, ſed invitus magis curatori ſubeſſe debeat.

## Tit. XXI.

## De adminiſtratione & periculo tutorum vel curatorum.

### Aphor. I.

Se datvm esse cognovit) Vel potius, ſimulac confirmatio magiſtratus expedita eſt; hac enim nondum ſecuta adminiſtrare prohibetur Reform. polit. *de anno 1548. Tit. XXXI.* §. *II.* niſi forſan negotium occurrat, quod moram non patiatur Stryck *Uſ. Modern. tit.*

*de*

*de Confirm. tutor.* § *III* vel tutor testamento datus negligens sit in petenda confirmatione. Moram enim ille si committat, administratio ejus est periculo.

Cautio) Quæ olim, cum negotium hoc esset incertæ æstimationis, semper fidejussoribus intervenientibus facienda erat. Hodie vero satisdandi necessitas fere cessat, cum tutela nemini facile deferatur, nisi qui bona immobilia possidet, in quibus deinde pupillo tacita competit hypotheca. Quaro forsan tum demum de peculiari cautione sollicitus esse debet judex, quando tutela defertur tutori, sub aliena jurisdictione constituto. Res ipsa enim tum exigere videtur, ut administratio bonorum pupilli ipsi prius non committatur, quam sufficienter caverit. Idque in Saxonia Electorali publica lege approbatum esse, constat ex Resolut. Gravam. *de anno 1609. tit. Iustitien-Sachen* §. *VII.*

Juramenti praestatio) Quod in *dict. Reformat. Polit. Imp. de anno 1577.* dispositum in quibusdam provinciis præcise observari experientia docet. Plerumque tamen ista necessitas remittitur, cum cives jam per juramentum civicum ad munera publica fideliter subeunda sese adstrinxerint. Alibi hoc juramentum civicum tutori in memoriam revocatur, vel promissio etiam ab eo exigitur an Eides statt Schilter *Exerc. XXXVII. th. LXXXVIII.* Berger *Oec. Jur. p. m. 189.*

## Aphor. III.

Omissa inventarii confectione) Quod intellige de casu, quando tutor dolo vel culpa

pa inventarii confectionem neglexit. Justam enim causam, si allegare possit, præjudicium illud, de quo Auctor loquitur, non incurrit *L. VII. pr. D. h. tit.* Est vero justa causa, quando pupillus bona non habet, vel, si habet quidem, pater vero defunctus ipse jam consignationem conscripsit, vel mater antea tutrix successori inventarium exhibuit. Cæterum in his æque ac reliquis casibus, si inventario confecto scrupulus remaneat, juramento purgatorio locus est.

INVENTARIUM FIERI VETUERIT) Idque nominatim & expressis verbis. Hoc enim præcise exigere videtur *L. ult. §. I. C. arbitr. tutel.* Inde vero concludit VINNIUS *Select. quæst. jur. Lib. II. cap. XVI.* tutorem ab inventarii confectione non liberari, quando defunctus illi solum necessitatem hujus confectionis remisit. Imo, non obstante expressa prohibitione, judici tamen liberam existimo concedendam esse facultatem, ut arbitretur, an magis expediat pupillo, inventarium confici. Utilitatem enim pupillorum, non scripturam testamenti sequi debet judex *L. X. D. de confirm. tutor. L. V. §. VII. D. de administrat. tutor.* Eademque ratio me movet, ut credam, posse & judicem, si utilitas pupilli id postulat, remittere necessitatem inventarii conficiendi, etiamsi testator ea de re in testamento nihil dixerit. arg. *L. II. §. XLV. sqq. ad SCtum Tertullian. L. II. C. de aliment. pupill. præstand.*

CONSIGNARE RES PUPILLI DEBET) Quamvis enim pater inventarii confectionem prohibuerit,

hibuerit, a rationum tamen redditione tutor non est immunis CARPZOV. *P. II. Const. XI. def. IV.* Imo hac etiam remissa, (qualis tutor aneclogistus dicitur, de quo vid. SCHULTZII *Differt. peculiar.*) de dolo tamen & lata culpa tenetur *L. V. §. VII. D. de administr. tutor.* Et sic ubique res pupilli salvas præstare debet, quod utrum fecerit nec ne, absque consignatione bonorum cognosci nequit. Confer. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. III. cap. II. §. I.* Nec quicquam obstat, ne pupillus & hac consignatione omissa, vel minus recte peracta, in litem juret. Quod, quo eo melius evitet tutor, id agat, ut ad consignationem adhibeat aliquot pupilli agnatos, qui consignationem simul subscribant.

## Aphor. IV.

CAETERI TUTORES NON ADMINISTRABUNT) Tutores honorarios HAHN *ad Wesenbec. tit. de auctor. & consens. tutor. n. 3.* & LAUTERBACH. *Disp. de honorar. tutor. cap. III. §. XXIX. n. 9.* tum demum ab administratione excludunt, quando testator vel judex illis administrationem expresse interdixit. Verum hanc prohibitionem constitutioni tutoris honorarii jam per se inesse, ex *L. III. §. I. & II. de administr. & peric. tutor. L. IV. de auctorit. & cons. tutor.* perspicue elucet. Hoc solum leges tutori honorario concedunt, quod hereditatem adire & solutionem recipere possit. *L. XLIX. D. de acquir. vel omittend. hered. L. XIV. §. I. D. de solut.* Quod tamen exorbitans esse & a ratione juris abhorrere recte monet LEYSER *spec. CCCXXIX. medit. I.*

OBSER-

OBSERVATORES) Non vero ſimplices ſunt obſervatores & otioſi inſpectores, ſed id agere debent, ut tutor gerens officio ſuo ex aſſe ſatisfaciat, cum & ipſi in ſubſidium reſpondere debeant pupillo de damno, per tutores gerentes illato. Quapropter iis merito concedendum eſt, ut rationes poſtulent, pecuniam pupillarem conſervari curent, inventarii confectionem & editionem urgeant, cautionem exigant, ſuſpectum tutorem accuſent, ſibique ea ratione proſpiciant, ut indemnitatem conſequantur. Et in his, ſi negligentiam haut committant, pupillo contra eos recte denegabitur actio. Interim, cum ex his appareat, iſtam inſpectionem cum quadam adminiſtratione ſecundaria eſſe conjunctam, eo minori dubio ſubeſt, quin tutor honorarius confirmatione magiſtratus indigeat, quo magis neceſſe, pupilliſque utile eſt, ut idoneus ſit ejusmodi tutor.

## Aphor. VI.

TVM BENEFICIVM DIVISIONIS) Quod quidem indoli correalis obligationis non exacte convenit. Conceſſit vero NOVELLA *XCIX. cap. VI.* AVTHENT. *hoc ita C. de duob. reis conſtit.* beneficium diviſionis omnibus debendi correis. Quo ipſo tamen correalis obligatio non ceſſat. Nam partim per renunciationem iſtius beneficii ſuſtineri poteſt, partim effectum habet, ſi reliqui non ſint ſolvendo, quia periculum ad correum ſpectat. Id vero ſecus eſt tunc, quando ab initio ſtatim pro parte ſolum obligatus eſt tutor. Ille enim factum

ctum alterius nunquam præstat, sed ipso jure tutus est, quod ultra partem conveniri nequeat.

## Aphor. VII.

CONSENSU ASSISTENDO) Inter auctoritatem tutoris & consensum curatoris olim quidem multum intererat. Erat enim auctoritas actus legitimus & solennis ad integrandam personam necessarius. Ejusmodi vero actuum natura hæc erat, 1) ut pure, non sub conditione, 2) statim, non ex postfacto, 3) a præsente, non per nuntium aut per Epistolam expedirentur *L. LXXVII. D. de Regul. Jur.* Quæ omnia secus, quando consensus curatoris interponebatur. Verum hodie sufficit indistincte, ut consensus accedat, sive pupillus, sive minor aliquid negotii celebret.

## Aphor. IX.

AD PERSONAM INSTRUENDAM PERTINENT) Tutorem intuitu personæ pupilli, cujus actiones dirigit, patris vices sustinere, jam dixi. Ut itaque pupilli educationem ita curet, necesse est, quo dignum tandem reipublicæ membrum evadat. Id autem cum absque sumtibus fieri nequeat, per se patet, tutorem alimenta pupillo suppeditare debere. Et hic quidem res tutoris arbitrio est relicta, quid alimentorum loco impendere velit, modo ad facultates pupilli ejusque dignitatem ubique respiciat. *L. XII. §. III. de admin. & peric. tutor.* Generatim tamen sibi optime consulit tutor, si magistratui alimentorum determinationem relinquat. Vel maxime vero in eo casu, quando reditus ex pupilli bonis ad alimentationem non sufficiunt, magistra-

giſtratum adeat tutor, quo ille decernat, numne alimentorum nomine quædam bona ſint diſtrahenda STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. III. cap. I. §. X.*

NVLLI MAGIS, QVAM MATRI, COMMITTENDA) Primario tamen ratio habenda eſt ejus, quem pater in teſtamento denominavit *L. I. §. I. D. ubi pupill. educ.* eo deficiente matri committitur, nec facile ei adimitur, etiamſi vitricum liberis ſuperinduxerit. Sola enim ſuperinductio vitrici non ſufficit, ſed id præterea requiritur, ut male audiat, & periculum inde bonis pupilli immineat, *L. I. C. Eod.* CARPZOV. *P. II. Conſt. XI. def. XLIII.* Nec enim ſimpliciter prohibetur judex, ne vitricum pupillo tutorem conſtituat, ſi ille honeſtæ famæ ſit & ſuſpicione non laboret FINCKELTH. *Obſerv. XXIII.* BRVNNEM. *ad L. fin. C. de contr. tutel. judic. n. ult.* Generatim vero magiſtratus officium haut eſt reſtrictum, ne circumſtantiis urgentibus a patris voluntate & legis diſpoſitione recedat, ſed ille, ubi de educando pupillo ſermo eſt, eo reſpicere debet, ut hujus fama & vita illæſa præſtetur.

## Aphor. X.

INTERPELLANDI SVNT) Alias, ſi negligentia tutoris probari poſſit, ejus periculo debitum cedit *L. LVII. pr. de adminiſtr. & peric. tutor.* Eaque probatio facili negotio peragi poteſt in debitis certo tempore exſolvendis, cum ea ſtatim exigere debeat tutor MEVIVS *P. IV. Deciſ. XI.* Mitius tamen cum tutore agitur in debitis, quæ pupilli pa-

li pater jam contraxit. Tum enim præstat solum culpam latam & dolum, *L. II. C. arbitr. tutel.*

## Aphor. XI.

Et de re ipsa alienanda) In causæ cognitione itaque id agat judex, ut dispiciat I) ad causam alienandi & an necessaria, an utilis solum sit, II) ad rem alienandam, III) ad modum alienandi, IV) ad ipsam versionem pecuniæ. Hoc enim jubet *L. V. D. de rebus eor. qui sub tutel.*

Solenniter sit interpositum) Id est prævia sufficienti causæ cognitione. Debet enim certum esse & determinatum *L. VII. & II. de reb. eor. qui sub tut.* Nec ideo simplex confirmatio judicialis sufficit. Modo tamen judex omnia recte ponderaverit, nil deinde interest, an decretum præcedat alienationem, an eam sequatur, quamvis tutius forsan sit, ut tutor prius de decreto sollicitus sit, quam ad alienationem deveniat.

Est ipso jure nulla) Ex parte minoris. Respectu enim ejus, quem minor sibi obligavit, contractus omnino subsistit, & generatim omnia negotia pupillorum minorumve claudicant. Est vero rationis, ut minor, qui contractum impugnat, pretium ab altero acceptum restituat, ne cum ejus damno fiat locupletior, modo tamen emtor in bona fide sit, & versionem in rem pupilli probare possit, cum alias ratio restitutionis cesset.

## Aphor. XII.

Tacita) Eaque non ex silentio solum, sed & ex factis concludentibus elicitur, quando nempe pupillus vel minor, adepta majorennitate, pretium vel in-

tegrum vel pro parte accipit, hoc ipſo enim juri ſuo renunciaſſe cenſetur. Cæterum ſilentium quinquennale, quod alienationem ex titulo oneroſo factam convalidat, in negotiis lucrativis ad decennium inter præſentes, & vicennium inter abſentes extenditur. Plane, ſi accipiens ſit in mala fide, ſciensque rem minoris non legitime comparaverit, ex temporis lapſu nullam habebit defenſionem.

## Aphor. XIII.

Ad divisionem provocet) Generatim omnis alienatio absque decreto valet, quæ non a voluntate minoris, ſed a neceſſitate lege aut pacto impoſita dependet. Ceſſat igitur decretum in provocatione ad diviſionem a majorenni facta, ceſſat, quando alienatio fit ex jure retractus, item, quando pactum de retrovendendo eam urget, add. Wernher. *P. I. obſ. CCXLVIII.*

Rescriptum principis) Quod reſcriptum tamen cauſæ cognitionem non excludit, & ſic etiam vices decreti non habebit, quando ex falſa cauſa eſt impetratum, ſed ipſi procul dubio exceptio ſub & obreptionis obſtabit. Berger *Oec. Jur. Lib. I. Tit. IV. §. XI.* Anne vero juramentum minoris, quod alienationi illegitimæ acceſſit, eam vim habebit, ut negotium corroboret? Ita putant nonnulli ob Authent. *Sacramenta puberum C. ſi adverſ. vendit.* quos Praxis ſequitur. Sed merito de fundamento hujus opinionis dubitabis, paulo curatius perpendens, ſubditorum arbitrio vix relinqui poſſe, ut legem prohibitivam vel præceptivam facto ſuo exanimunt, eamque juramen-

mento haut inesse efficaciam, ut novam producere possit obligationem, ex tali causa, quam lex ipsa rejicit.

## Aphor. XIV.

VEL ALIVD LVCRVM CONVENIENS COLLOCET) Ea vero occasione curet, ne pecuniam facile elocet, nisi pupillo simul de hypotheca prospiciat. Poterit tamen excusari, si talem in elocatione se gessit, quales alii providi patresfamilias se gerere solent. Quare, si aliorum exemplo homini, qui ab omnibus idoneus habebatur, pecuniam, simplici chirographo vel cambio accepto, mutuo dedit, ipsi, si postea debitor præter opinionem solvendo esse desinat, nihil imputabitur, modo probare possit, debitorem tempore elocationis fuisse solvendo, vel minimum communiter pro idoneo reputatum. Claræ hac de re extant leges, puta *L. L. D. de administr. & peric. tutor. L. CXI. de condit. & demonstrat.* Eadem ratione JCtos Jenenses iterata vice respondisse memini.

IPSE LEGITIMAS VSVRAS PRAESTABIT) Imo, quando pecuniam in proprios usus convertit, & centesimas usuras præstare, & usuras usurarum solvere debet. *L. VII. §. X. & XII. D. de administr. & peric. tutor.* Cæterum necessitas pecuniam pupillarem fœnerandi tutori quidem remittitur in NOV. *LXXII. cap. VI.* & AVTHENTIC. *Novissime, C. de administratione tutor.* Verum hæ leges hodie usu carent, magisque placet omnibus, tutorem de usuris respondere debere, si otiosam pecuniam pupillarem relinquit. Habet vero tu-

tor a tempore susceptæ administrationis sex mensium spatium, ut elocare possit *L. XV. D. de administr. & peric. tutor.* post susceptam autem administrationem duos menses a tempore factæ solutionis *L. VII. §. XI. Eod.* Plane si occasio pecuniam bene collocandi non adfuit, quod, a tutore negatum, pupillus probare debet, tutor liberabitur *d. L. VII. §. III. L. XII. §. ult. Eod. L. III. C. de usur. pupillar.* LAUTERBACH. *Colleg. Theor. Pract. Lib. XXVI. Tit. VII. §. XXIV.* Tutor igitur, quo sibi ipsi prospiciat, omnesque lites præscindat, id capiat consilii, ut deficiente pecuniam elocandi occasione rem ad magistratum referat, imo, ne suspicio versæ in propriam utilitatem pecuniæ pupillaris oriatur, in depositione judiciali refugium quærat BRUNNEMANN. *Centur. I. decis. LXXXVII.*

## Aphor. XV.

LATAM ET LEVEM CULPAM) Non itaque levissimam. Ab ejus enim præstatione eum *L. VII. C. arbitr. tutel.* liberat. Ut vero, qui se obtulit, aliosque magis idoneos excludit, exactissimam diligentiam præstet, & ideo de culpa levissima respondeat, fere rationis, & in omnibus administrationibus approbatum est, vid. *L. LIII. §. III. D. de furt. §. I. J. de Satisdat. tutor.* Heredes vero tutoris de dolo solum & lata antecessoris culpa conveniuntur, nec culpam levem præstant *L. I. C. de hered. tut.* Sunt enim plerumque gestionis ignari, nec solide ostendere possunt, unde damnum in pupillum redundarit. Conf. THOMASII *Dissert. de culpa tutor. ab hered. præstanda.*

Tit.

# Tit. XXII.
# De Auctoritate tutorum & consensu curatorum.

## Aphor. I.

INFANTIA MAJORI VEL PUBERTATI PROXIMO) Infantis enim negotia tutor solus agit, quod ex principio Romanorum fluit, vi cujus nemo alteri obligationem acquirere poterat. *§. IV. & XIX. J. de inutilib. stipulation.* Inde fiebat, ut tutor infantis omnia proprio nomine ageret, quod Romani administrare vocabant. Pupillus vero infantiam egressus recte omnia agebat; quia tamen ejus persona integra non habebatur, tutor ad eam quasi integrandam accedere debebat, quod Romani auctoritatem interponere vocabant. THOMASIUS *Not. ad Instit. h. tit. p. 94.*

## Aphor. II.

FACERE POSSUNT) Et sic generatim tutoris auctoritas cessat in negotiis, ex quibus non tam lædi, quam conditionem suam meliorem reddere potest. Fundamentum enim auctoritatis interponendæ est metus læsionis. Quare, etiamsi tutoris auctoritas accesserit negotio, quod tamen in detrimentum pupilli vergit, contra ipsum hoc negotium pupillus & minor, beneficio Prætoris in integrum, restituitur, atque necessitas, tutorem ad damnum resarciendum conveniendi, ipsi remittitur. Electionem enim leges pupillo & minori nominetenus concedunt, utrum actione tutelæ uti, an contra eum, cum

quo negotium gestum est, in integrum restitui malit *L. III. & ult. C. si tutor vel curat. intervener.*

NON DETERIOREM) Verum & tum tutoris auctoritas cessat quando obligatio non ex facto pupilli, sed potius ex lege immediate oritur, quod fit in quasi contractibus *L. I. pr. D. de contr. tutel. action.* Ad actus enim, qui pupilli consensu innituntur, leges auctoritatem tutoris restringunt, & sic omnes casus, quando quid ipso jure contingit, excipiunt *§. III. J. de suc. ess. ab intestat.*

## Aphor. III.

NEGOTIIS PUPILLI) Quæ cum tertio gerit. Nam quotiescunque tutori cum pupillo res est, alius huic tutor constituatur, est necesse, cum nemo sibi ipsi auctor fieri possit. Interim tolerant leges, ut tutor auctor fieri possit in negotiis, ex quibus per consequentiam inter eundem & pupillum quædam obligatio oritur *L. I. D. de auctor. & consens. tutor. & curator.* quamvis, quia leges tutorem pupilli debitorem vel creditorem ob suspicionem malæ administrationis ab ipsa administratione arcent, NOVELL. *LXXII. cap. II. seq.* per se pateat, tutorem, cui pupillus per consequentiam obligatur, debere esse sollicitum, ut liberatio contingat, eoque nomine alius interim tutor constituatur.

CURATOREM CONSTITUTUM HABENTE, INEUNTUR) Verum cum hodie curatoris admissio intuitu minoris res non sit arbitrii, sed necessitatis, præterea quoque solemnitas cesset, quæ olim auctoritatis interpositionem concomitabatur apud Romanos, vix est, ut hodie inter consensum curatoris

toris & auctoritatem tutoris differentiam aliquam constituas, cum uterque eandem adhibere debeat circumspectionem, ne res pupilli vel minoris aliquid detrimenti capiant.

## Aphor. IV.

ET CONVENIRI POSSINT) Hoc pupilli intuitu, qui infantiam nondum est egressus, omni dubio caret, siquidem tutor solus tum administrat, atque sic factum tutoris factum pupilli fit. Quod autem attinet negotia ab impubere vel minore gesta, ex iis certe, quatenus tutor vel curator solus aliquid egit, nulla oritur obligatio ex parte pupilli vel minoris, nisi quatenus negotium in ejus utilitatem est gestum, ejusque conditio melior facta *L. III. & IV. C. Quand. ex fact. tutor.* nec interest, an licito modo, an dolo tutoris interveniente res pupilli auctæ sint *L. I. III. & IV. D. Eod.* Quapropter creditor, qui actionem ex facto tutoris vel curatoris contra pupillum vel minorem præparat, id agere debet, ut probet versionem STRYCK. *de proband. vers. credit. cap. I.*

## Aphor. V.

REI VINDICATIO INDE PUPILLO COMPETIT) Quod speciale esse inde satis apparet, quia res in locum pretii non succedit, quando de titulo singulari sermo est *L. VIII. C. si quis alteri vel sibi sub alter. nom.* Recte tamen hæc juris dispositio, quod dominium rei ex pecunia pupillari emtæ pupillo acquiratur temperanda, & ad eum solum casum restringenda est, quando tutor vel curator suo nomine emit. His enim generatim est in-

terdictum, ne pecuniam pupilli in suos usus convertant. Quodsi vero extraneus, cui tutor pecuniam pupillarem mutuo dedit, rem emat, huic, non pupillo, res acquiritur. Cæterum natura juris singularis hoc etiam urget, ne istam legis dispositionem ad alios casus, in legibus non expressos, trahamus. Quamvis igitur idem juris sit in milite, quando ejus procurator vel negotiorum gestor ex peculio castrensi rem quandam comparat *L. VIII. C. de Rei vindic.* item in ecclesia, cujus pecunia administrator usus est eo fine, ut suo nomine inde prædia acquireret *Clement. II. de religios. domibus.* BÖHMER *Diss. de administr. bonor. Eccles. cap. II. §. XIV.* de extensione tamen hujus dispositionis ad rem pecunia dotali emtam merito dubitabis. Dudum enim observarunt juris interpretes, *L. LIV. D de jur. dot.* in qua omne præsidium extensi juris singularis collocant alii, parum juvare ipsam opinionem, præsertim cum ex *L. XII. C. Eod.* clare constet, præsumtionem solum aliquam nasci, rem in locum pecuniæ dotalis surrogatam esse. Recte itaque *d. L. LIV.* ita explicant, quod res pecunia dotali comparata vere dotalis non sit, sed æquiparetur solum rei dotali, ejusque naturam assumat eo effectu, ut uxor utili rei vindicatione utatur, re ista extante, in subsidium, si maritus solvendo esse desinat. add. *L. LV. D. de donation. inter vir. & uxor.* LEYSER. *Specim. CCCIV. med. IV. sq.* SCHLEEVOGT. *Diss. de utili rei pecun. dotal. compar. vindic.* De ipso vero jure singulari hic explicato MULLER. *Diss. de re pecun. aliena compar.*

Aphor.

## Aphor. VI.

PRO PUPILLO MINOREVE INTERVENERIT) Rem omnem sic cape: Tutorem vel curatorem, quatenus pupilli minorisve nomine cum tertio contraxit, ut tutor vel curator, teneri quidem ratione officii, sed ita solum, ut ex bonis pupilli solvat HAHN *ad Wesenbec. tit. quand. ex fact. tutor. n. 2.* Quatenus vero obligationi pupilli vel minoris accessit, ut tertius, eodem modo, ut fidejussor, in subsidium conveniri potest *L. V. C. de administr. & peric. tutor.* Quia vero, fidejussoria & accessoria obligatio non præsumitur, id creditor capiat consilii, ut in instrumento obligationis nominatim exprimat, ex quo fundamento tutor teneatur. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. III. cap. II. §. XVIII.*

## Aphor. VII.

CONVENIRI NON POTEST) Generatim hic adhibenda iterum distinctio in priori observatione suppeditata, utrum tutor se obligaverit, ut tutor, ratione officii, an tanquam extraneus. Ibi actio contra tutorem finito officio cessat, hic finito etiam officio tenetur, non vero actione tutelæ, sed ea, quam negotii indoles exigit.

## Aphor. VIII.

FOEMINIS XVIII. ANNIS MAJORIBUS) De Jure Romano, quod hoc in argumento procul dubio respexit ad id, quod ut plurimum fit, siquidem experientia docet, his annis maturitatem judicii plerumque adesse. Hodie vero ad certum veniæ

I 5 ætatis

ætatis conceſſionem Principes noſtri haut adſtringunt terminum, ſed ad frugalitatem magis & adminiſtrandi facultatem unice reſpiciunt.

SEU BONA IMMOBILIA POTEST) Ita in dubio. Poſſe vero Principem facultatem adminiſtrandi ad bona quoque immobilia extendere, dubio omni caret. Et ſunt certe, qui cum minore, cui venia ætatis eſt indulta, contrahunt, ſtatim ſecuri, nec timere debent reſciſſionem negotii. Quamvis enim minor contra ipſam veniæ impetrationem in integrum reſtitui poſſit, hoc tamen de actibus futuris ſolum, non de iis, quos tempore veniæ geſſit, erit intelligendum, cum horum intuitu pro majorenni habeatur. BRUNNEMANN *ad L. V. C. qui ven. ætat. impetrar. n. 30.*

## Tit. XXIII.

## De Curatoribus in ſpecie.

### Aphor. I.

IN PLURIMIS CONVENIUNT) Conveniunt nempe hodie non ſolum intuitu conſtitutionis, ſed etiam intuitu adminiſtrationis. Conſtituuntur nempe teſtamento, quod olim fieri non poterat, cum volens ſolum minor curatorem acciperet §. *I. J. de Curator.* Conſtituitur lege, quod olim iterum ſolum fiebat ratione furioſorum, prodigorum & mente captorum, teſtamenti factionem non habentium *L. XIII. D. de manumiſſion.* Fundamentum enim, ut quis invitus ad hoc onus ſuſcipiendum cogi poſſet, erat ſpes proxima ſuccedendi ab inteſtato. Quia vero minori

minori integra esset facultas, testamentum condendi, propinquosque suos ab hereditate excludendi, cessabat etiam fundamentum obligationis. Constituuntur denique in subsidium a magistratu. Hæc vero velim de iis accipias, qui inviti curatores accipere debent. Reliquos quod attinet, qui volentes solum curatorem accipiunt, iis magistratus solum ea de re rogatus curatore prospicit. Cæterum quod quoad administrationem nulla inter tutorem & curatorem hodie sit differentia, jam sæpius dixi.

EST AUTEM) Potius ita dixeris. Esse curam potestatem administrandi bona eorum, qui ipsimet ad administrandum non satis idonei sunt. Istaque idoneitas cum deesse possit partim ob usum rationis humanæ vel in totum denegatum, v. c. in furioso, prodigo, vel insufficientem, ut in minore, mente capto; partim ob impedimentum quod facultati administrandi obstat v. c. in absente, valetudinario, surdo, muto, ipsa cura duplici ratione venit considerandi. Partim enim cum personæ directione est conjuncta, eaque necessaria recte dicitur, & invitum quoque tenet, partim administrationem bonorum tantum respicit, eaque sigillatim voluntaria dici meretur, quia invito non obtruditur.

## Aphor. III.

NISI VOLENTIBUS ET PETENTIBUS MINORIBUS) Ratio vero ipsa, quod minores olim non nisi volentes curatorem acciperent, inde maxime est repetenda, quia moris erat, ut adolescentibus solum curator daretur, quibus vita paulo lasci-

scivior & dissolutior erat, quique rebus suis ob dementiam vel ingenii & mentis imbecillitatem minus superesse poterant. Quotiescunque igitur minor desideraret curatorem, ut causam simul allegaret, eaque magistratui probaretur, erat necesse, quo ipso tamen nomini suo ignominiam, & existimationi infamiam non poterat non inurere. Sed, cum minores ea ratione de curatore haut essent solliciti, eo certius vero technis & fraudibus eorum, quibuscum contrahebant, negotiaque gerebant, expositi, permisit postea Antoninus Pius, ut adolescentes honeste sine famæ periculo curatores accipere possent, dum illos immunes præstabat a necessitate allegandi rationes, ob quas curatorem peterent. Ex quo patet, iis jure Romano extra casus ab Auctore allegatos nunquam necessitatem, accipiendi curatorem, impositam, sed existimationem solum eorum, si peterent curatorem, salvam præstitam fuisse & integram OISEL *ad Caji Institut. Lib. I. Tit. VIII.* add. SCHULTINGIUM *ad d. loc.* Hodie minorum arbitrium restrictum esse diximus, siquidem inviti indistincte curatorem accipiunt REFORM. POLIT. *de anno 1577. tit. XXXII.* Hoc solum ipsis permittitur, ut personam eligere possint, quod & Juri Romano conveniens est *L. XLIII. §. III. de procurat.*

## Aphor. V.

SED ET CORPORI ET SALUTI FURIOSI) Alioquin si damnum ab illo datum in furore, curatoris periculum est, ipseque læso respondere debet de damno, quia rectius furiosum non custodivit *L. XIV. de offic. præsid.* Aphor.

## Aphor. VI.

IN CVRATIONE LEGITIMA S. AGNATORVM) Et hos invitos cogi ad curam ſuſcipiendam leges diſertis verbis innuunt, ſin recuſant curam, cauſaque juſta deficit, emolumento ſucceſſionis privantur. Hoc vero inter curam furioſi & prodigi legitimam intereſt, quod patri furioſo filius etiam curator dari poſſit, non vero patri prodigo; hoc enim indecorum eſſe Romani arbitrabantur. *L. XII. §. I. D. de tutor. dat. L. I. §. I. D. de curator. furioſ.*

# Tit. XXIV.

# Quibus modis tutela vel cura finiatur.

## Aphor. I.

USQVE AD ADVLTAM AETATEM) Germanis enim diſtinctio, quæ apud Romanos ratione ætatis obtinebat, in argumento de tutela non fuit cognita, ſed una apud eos fuit ſemper pubertas, & ſic etiam una tutela vid. BEYER. *Diſſ. de hodiern. tutor. & curator. differentia.* Aſt, cum leges Romanæ tutori ſolum imponerent obligationem, ut pupillo præeſſet, non poterat non ipſa obligatio expirare, ſimulac pupillus deſineret eſſe pupillus. Quare etiam tutor, qui ultra pubertatem res pupilli adminiſtrabat, non tutelæ nomine, ſed ut negotiorum potius geſtor tenebatur, quamvis in effectu hic nihil interfuiſſe docui in *Progr. pecul. de actione negot. geſtor. contra tutor. finit. tutel. adminiſtr. a tutelæ judicio non diverſa.*

Na-

NATVRALI TVTORIS) Tutela enim, ceu munus personale, ad exemplum ejusmodi munerum, expirat morte, eo nempe effectu, ut heres tutoris tutelam continuare non debeat. Quod autem attinet obligationem, quam tutor vi quasi contractus subit, ea ad heredes recte extenditur, & sic hi & rationes reddere, & damna data resarcire debent.

TVM CIVILI) Erat enim tutela munus publicum a cive Romano subeundum. Capitis igitur diminutio cum tolleret jus civitatis Romanæ, tutelam etiam tolleret, omnino erat necesse.

ET TEMPORIS LAPSV) Quod de tutoribus solum testamento datis intelligendum. Id enim testatori, tanquam legislatori privato, permittebatur, ut tutorem sub conditione vel ad certum tempus dare posset. Magistratus vero & lex semper pure eoque effectu ad tutelam vocabat, ut tutor munus per integrum impubertatis tempus continuaret.

## Tit. XXV.
## De Excusationibus tutorum vel curatorum.
### Aphor. I.

EXCVSATVR VERO QVIS A TVTELA VEL CVRA) Quia tutela apud Romanos itemque hodie est munus publicum, facile patet, easdem causas excusare a tutela suscipienda, ex quibus munus publicum quis declinare potest. Sunt autem causæ a munere publico excusantes duplicis generis, vel enim innituntur lege prohibitiva, & in totum a munere publico arcent, ut ne volens quidem admitti possit, qualis excusatio impropria est,

est, quia necessaria est, atque ideo Romani, in assignandis cuilibet negotio peculiari nomine nimis subtiles, ex ejus generis causis tutorem *excusari* dicebant. Vel innituntur lege permissiva, & ex jure singulari tutori, qui alias volens admitti poterat, facultatem, hoc onus declinandi, concedunt, qualis excusatio propria est, quia voluntaria est, & ex tali causa tutorem se *excusare* arbitrabantur vid. THOMASIUM *Not. ad tit. Inst. de excusat. tutor.* Præterea inter utramque speciem hæc etiam intercedit differentia, quod excusatio voluntaria a tutela quidem suscipienda, neutiquam vero a suscepta excuset, necessaria e contrario absolute tutorem repellat. Porro, quia voluntaria favorem tutoris respicit, illi non generatim solum renunciare, sed & pacto, ne excusatione utatur, in se recipere potest *L. XV. §. I. D. de excusat. tutor.* quod tamen de causa solum, quæ tempore renunciationis adest, non de ea, quæ post renunciationem supervenit, intelligunt, cum hæc ad non cogitata sit referenda. Denique testator etiam efficere potest, ne tutor excusatione utatur, quando eo nomine legatum relinquit. Hoc enim, si agnoscit tutor, onus tutelæ amplius recusare nequit *L. V. §. II. de his, quæ ut indign. L. XXVIII. §. I. L. XXXVI. pr. de excusat. tut.* Quæ omnia in excusatione necessaria cessant. Interim Auctor noster has excusationes non adeo accurate distinxit. Paupertas enim ab onere tutelæ non repellit, sed justam solum excusandi causam tribuit *cit. §. VI. J. de Excus. tutor.* nec adversa valetudo semper

ſemper ab onere tutelæ liberat, niſi ea ſit, quæ impedit, quo minus quis rebus ſuis ſupereſſe poſſit *L. X. § VIII. D. Eod.* Idem juris eſt in eo, qui ſe excuſando ad ætatem nimis provectam provocat.

INIMICITIAM) Quæ cauſa recte inter neceſſarias refertur, quia inimicus dubio procul prædo magis, quam tutor eſt futurus *L. II. pr. D. de jur. immunit.* Sed quid ſi pater in teſtamento inimicum tutorem conſtituerit? Remiſſa quidem hoc in caſu videtur injuria, ita, ut tutor excuſationem non habeat *L. VI. § XVII. D. de excuſat. tutor.* Quodſi vero appareat, propter inimicitias eum teſtamento tutorem eſſe datum, ut litibus implicetur, recte ſe adhuc excuſabit §. *IX. J. Eod.*

PAVPERTATEM) In qua dijudicanda non præciſe ad quantitatem patrimonii, ſed ad id magis reſpiciendum, an quis aliena negotia ita commode adminiſtrare poſſit, ut tempus ipſi neceſſariis vitæ ſubſidiis acquirendis ſufficiens remaneat. Quare recte excuſatur, qui docere poteſt, quod ipſo victu & amictu non poſſit non indigere, quando tutelam in ſe reciperet, ſive quod idem eſt, quod oneri injuncto ſit impar §. *VI. J. de Excuſation. tutor.*

NEGOTIORVM GERENDORVM IMPERITIAM) Ita nempe *cit. §. VIII. J. de excuſ. tutor.* explicare ſolent, quod ſola imperitia literarum juſtam excuſandi cauſam non tribuat, niſi tutor ſimul imperitus ſit negotiorum. Poſſe enim imperitum literarum rationes per alium conficere, aut in bacillis fiſſis, Kerb-Hölzern, conſignare cenſent.

Eam-

Eamque interpretationem Praxis sequitur, vid. HOPPIVM *ad Instit. h. tit.* STRYCKII *Diss. de bacillis fissis.* Sed, nisi me omnia fallunt, eadem ipsa explicatio menti Legislatorum Romanorum haut convenit. Non enim eo fine imperitia literarum & negotiorum in *cit.* §. *VI.* conjungitur, tanquam utraque in tutore, ut justa excusatione utatur, concurrere debeat. sed duplex potius ibi adest propositio, quarum una cum altera non est confundenda. Prima est: Imperitiam literarum a tutela excusare. Idque ratione non destituitur. Qui enim neque scribere neque legere possunt, ad reddendas rationes sunt plane inidonei, siquidem valde dubito, quod Romanis modus consignandi rationes in bacillis fissis fuerit cognitus. Secunda est: Imperitiam literarum non excusare ab aliis muneribus publicis, quæ rationum redditionem non desiderant, nisi, quatenus imperitia quoque negotii gerendi accedat. Dixi latius in *Comment. ad Constit. Omiss. Manip. I. obs. VI.*

CONTROVERSIAM CVM PVPILLO) Tam præsentem, quam imminentem, ita quidem, ut Jure Novo qualiscunque lis sufficiat, quod jure Pandectarum secus *L. XXI. pr. D. de excusat. tutor.* Creditor tamen & debitor pupilli non præcise repellitur, sed, si magistratui rem denunciet, eoque operam collocet ut, pacto liberatorio interveniente, occasio litigii, & suspicio malæ administrationis præscindatur, recte admittitur. Alias creditor amissione crediti punitur, debitor exceptionibus suis privatur. Ab hac tamen pœna lex excipit matrem

NOVELL. *XCIV. Præf. ad cap. I.* Praxis vero creditorem vel debitorem pupilli, a patre in teſtamento tutorem datum, quamvis forſan invitis legibus.

## Aphor. II.

VIX OBSERVATUR ) Ita recte Auctor, quicquid forſan diſſentiant Practici, qui religioni ſibi ducunt, a verbis legum Romanarum recedere. Habent enim privilegia in numerum liberorum ſtatuta ſpeciales ſuas cauſas, noſtratibus plane incognitas, quas vide in HEINECCII *Antiq. Roman. tit. de Excuſation. tutor.*

ADMINISTRATIONI FISCALI ) Nec hic errat Auctor, ſi Jus Romanum reſpicias. Quamvis enim neceſſariis excuſationibus hanc annumeret HOPPIUS *Comment. ad Inſtit. h. tit.* ratio tamen, quod, cum bona adminiſtratoris fiſci jam obligata eſſent, pupilli res ſalvæ præſtari haut potuerint, omnino fallit, cum pupillus fidejuſſoribus datis ſecurus fieri poſſet. Verum hodie iſta excuſatio recte forſan ad neceſſarias refertur, quia tutorem vix credimus idoneum, niſi qui bona immobilia poſſidet, quæ pignori legali inſervire poſſunt. Adminiſtratoris vero fiſci bona fiſco jam obligata eſſe, & ſic pupillo ſatis proſpici non poſſe, palam eſt.

## Aphor. III.

PERICULUM ADMINISTRATIONIS SUSTINET ) Idem juris eſt, ſi falſam cauſam allegavit. Excuſatio enim ex tali cauſa conceſſa vel ideo non prodeſt, quia jura decipientibus non ſuccurrunt, add. §. *ult. J. de Excuſat. tutor. L. XXXIII. de*

re

*re judic.* Sic vero periculum tutelæ ejusmodi tutor jure meritoque sustinet *L. I. & ult. C. si tut. vel curat. fals. alleg.*

## Tit. XXVI.

## De suspectis tutoribus & curatoribus.

### Aphor. I.

GESTIONEM OMITTIT) Vel etiam non ex fide gesturus præsumitur, qui quasi suspectus dicitur, & ante tutelæ administrationem removeri potest. Hanc enim suspicionem in futurum approbat *§. V. J de suspect. tutorib.* Non tamen temere hæc suspicio capienda, sed ad mores potius, & vitam ante actam tutoris est respiciendum *L. V C. Eod.* Quapropter sola paupertas non sufficit *L. XXXI. §. I. D. de reb. auctor. judic. possid.* Cadit autem suspicio in eum, qui absque justa causa gerere recusat *L. fin. D. & L. III. C. de suspect. tutor.* qui inventarii confectionem negligit *L. VII. pr. de administr. & peric. tut. L. fin. C. arbitr. tutel.* qui data pecunia se ingerit *L. III. §. XIII. in fin. de suspect. tutor.*

### Aphor. II.

OB SVSPECTI CRIMEN) Quæ vero causa est, quod criminis reus dicatur, qui suspectus postulatur, cum tamen actio suspecti sua natura non sit criminalis sed civilis? Resp. Ratio denominationis inde desumitur, quia nonnunquam dolus criminali animadversione dignus intercedere potest. Et sic quidem nil obstat, ne actio suspecti instituatur coram magistratu, qui tutorem constituit,

 tuit,

tuit, puta, inferiori. Simulac vero de poena, remotione graviori, corporis forsan afflictiva, ob insignem dolum tutori infligenda, sermo est, cognitio & pœnæ executio magistratui majori & superiori competit. Interim ille ipse conceptus de crimine suspecti hoc operatur, ut quilibet, ille etiam, cujus non interest, tutorem suspectum facere, hodieque denunciatione, quæ apud nos in locum accusationis Romanis usitatæ succedit, uti possit. Eoque sensu suspecti postulatio quasi publica accusatio dicitur in *§. III. J. de suspect. tutor.* Inde vero porro est, quod apud Romanos nemo suspectum postulare poterat, nisi qui accusandi habebat facultatem. Ex speciali tamen ratione Romani matronis, pietatis necessitudine ductis, suspecti postulationem concesserunt, *d. §. III. J. Eod.* cum alias fœminæ ad accusandum procedere haut possent, qua de re dixi in *Comment. ad Constit. omiss. Manip. I. Obs. X.* Ex eadem ratione, quod accusatione expediretur suspecti postulatio, minoribus octodecim annis ne suos quidem curatores suspectos facere permittebatur. Imo & iis, completo jam anno 18. suspecti postulatio sub certa solum conditione, ab Auctore allegata, concessa fuit, quod optima innititur ratione, ne forsan ex sola libidine tutoris existimationi aliquid detraherent. Conf. *d. Comment. Manip. I. obs. XI.* Generatim vero, qui tutorem suspectum facit, sollicite caveat, ne verosimilibus indiciis & conjecturis destituatur. Existimationi enim tutoris cum multum decedat, dubium non est, quin calumnia apparente

parente actio injuriarum locum habeat *L. III C. de Calumniat.* CONST. CRIMIN. *art. LXI.*

NON VERO FINITA) Quia remotio tutoris, quæ pœna regulariter suspecti est, amplius locum habere non potest. Ex eadem causa suspecti cognitio etiam morte tutoris finitur. Actio tamen civilis contra tutorem, finita tutela, & contra ejus heredes, si mors intervenerit, semper locum habebit. Nec dubium est, quin tutor, si præter remotionem alia pœna gravior ipsi immineat, finita quoque tutela eam subire debeat *L. III. §. VI. L. XI. D. de suspect. tutor.*

## Aphor. III.

ABSTINERE DEBET ADMINISTRATIONE) Quod suspensionem vocant, eamque rationis esse, per se patet, quo nempe tutori omnis occasio diutius grassandi in rebus pupilli adimatur. Quare ne illi quidem administratio relinquenda est, qui satisdationem offert §. *ult. J. de suspect. tutor.* De eo vero quærunt, an ista suspensio ipso jure eveniat. Affirmant nonnulli in *L. XIV. §. I. D. de solution.* opinionis fundamentum collocantes. Verum hanc sententiam cum temperamento admittendam esse existimo, quando scilicet prævia generali cognitione apparet, non levia administrationis perfide gestæ adesse indicia. Est enim ista suspensio cum quadam ignominia conjuncta, & procul dubio suspicionem prægnantem præsupponit, de qua tamen absque causæ cognitione constare vix potest. Certe, si accusatio contra alios administratores pendeat, sive publicos,

 sive

five privatos, id juris observari, nemo fere in dubium vocat. vid. WERNH. *P. VII. obs. CLXVIII.* Rationem vero diversitatis, & quare idem in tutore suspecti postulato locum habere haut debeat, non video.

## Aphor. IV.

SED SOLUM EX MAGNA NEGLIGENTIA) Atque sic etiam tutoris famæ consulitur, etiamsi culpa lata concurrat. Hæc enim in civilibus solum, ubi de re restituenda tantum agitur, dolo æquiparatur *L. XXXII. D. Depos.* In criminalibus vero, ubi de pœna applicanda sermo est, ut hic de infamia, dolus præcise adesse debet, add. *L. fin. C. de suspect. tutor.*

FAMAE TAMEN EJUS PARCENDUM) Idque generatim fit, quando tutor legitimus removendus est, cum ipsius pupilli intersit, ne proximi agnati infamia notati familiæ sint dedecori. Removentur igitur absque subdolæ administrationis mentione. Imo ne removentur quidem facile, sed adjunctione curatoris ipsis præscinditur occasio, administrationem perfidam continuandi.

# Tit. XXVII.

# De Actionibus ratione tutelæ curæve competentibus.

## Aphor. I.

ET DAMNA PRAESTET) Olim hæc actio finita solum tutela contra tutorem instituebatur *L. IV. pr. D. de tutel. & ration. distrab.* Hodie singulis annis institui potest, cum neces-

necessitas imposita sit tutoribus per legem publicam Imperii, puta RECESSVM *de anno 1548.* ut non quotannis solum rationes reddant, sed & easdem sponte offerant. Quapropter & ad magistratus officium spectat, ut negligentiam tutoris in edendis rationibus coerceat. Imo, refractarium tutorem, tanquam suspectum, removeri posse, non dubito.

IN LOCO, VBI GESSIT TVTELAM) Quod forum gestæ administrationis dicitur, & in favorem tutoris introductum est, quo probationes facilius peragere possit. *L. I. & II. C. ubi de ratiocin.* Hujus vero privilegii eam vim esse autumo, ut omni pupillo ademta sit electio, velitne tutorem in hoc, an in domicilii foro convenire. Quamvis enim forum administrationis cum foro contractus coincidat, & sic, cum actor alias inter forum contractus & domicilii electionem habeat, idem juris hic esse videatur, clara tamen & perspicua adest diversitatis ratio in allegata lege approbata. Nec alibi, quam ubi quis administravit, rationes facile reddi possunt, nisi cum maximo incommodo & sumtu. Eaque unica causa est, cur leges peculiare gestæ administrationis forum constituerunt. Consentit CARPZ. *Lib. II. Resp. XXXIII.* LEYSER. *Specim. LXXIII. med. VIII.*

PRAESTARE ET REPVTARE OPORTEAT) Plerumque judex Commissarium denominare solet ex officio, qui in rationes gestæ administrationis inquirat MEVIVS *P. II. Decis. CXXIII.* & probationem datorum & acceptorum exigat, omniaque secundum inventarium examinet. Eumque in finem



nem

nem illi, cui rationes redduntur, permittitur, ut monita exhibere possit, quibus, si tutor satisfaciat, rationes habentur pro justificatis. Non tamen plena ubique probatio desideratur, sed sufficit demonstratio, per apochas durch Belege oder Quittungen, sigillatim certis signis distinctas, expedienda. Imo in levioribus tutoris juramento statur. Rationibus deinde justificatis tutor per apocham publicam securus præstatur, ac plene liberatur, ita quidem, ut rationes non nisi ob errorem calculi retractandæ sint, *L. unic. C. de error. calculi.* nec sola renunciatio hujus exceptionis quicquam operatur. Tutori igitur, quo cum effectu liberetur, ut transactionem super errore calculi ineat, suadet BERGER. *Oecon. Jur. p. m. 194.* Æquitate tamen hanc sententiam temperandam, & de eo solum casu accipiendam esse, alii censent, quando de errore tempore transactionis aliqua ratione constitit: Transactione enim de iis, quæ tempore apochæ latebant, celebrata non obstante, rationes retractari posse autumant. Argumenta hujus opinionis haut spernenda vide in Responso juris, quod exhibet LEYSER. *Specim. CCCXXXIX. med. V.* Plane, si tutor rationes in folle solum reddidit, nil obstat, ne tutor, non obstante liberatione, denuo ad earum redditionem adigatur *L. XXVIII. in fin. de condit. & demonstr.* MEVIUS *P. VIII. Decis. XXI.*

## Aphor. II.

ET ITA MIXTA EST ACTIO) Verum hodie hujus actionis vel ideo nullum usum esse existimo, quia nostris moribus haut convenit, ut ex de-

licto

licto læsus pœnam lucretur, sed omnia delicta magis publica atque ideo publica pœna expianda sint. Quapropter pupillus, quod ipsi deest, actione tutelæ consequi studeat, reatum judex vi officii puniat eodem modo, quo alias reliquorum administratorum privatorum perfidia coerceri solet. Verbo, furtum committit tutor, qui res pupilli aufert, nec ideo a poena furti se liberabit.

## Aphor. III.

ACTIO TVTELAE CONTRARIA) Quæ ad id comparata est, ut tutor, qui administrationis & tutelæ nomine aliquid in favorem & utilitatem pupilli de suo erogavit, vel ejus intuitu sese obligavit, indemnis præstetur. Non itaque hæc actio tutelæ administrationem egreditur, nec illi ea insunt, quæ pupillus tutori ex alia causa debet. Sigillatim impensæ, si quas fecit tutor, ut bona fide factæ & in rem pupilli versæ sint, necesse est. *L. I. pr. L. III. D. de contrar. tutel. action.* utut eventum adversum habuerit, quod gestum est *L. III. §. VII. Eod.* dummodo illas fecerit in negotio, cui pupilli pater alias operam locare consuevit. Factæ enim in rem, quæ aleam continet, ut & inutiles non repetuntur. *d. L. III. Eod. L. VI. C. de admin. tutor.*

## Aphor. IV.

ACTIO TVTELAE VTILIS) Quæ in omnibus cum actione tutelæ coincidit, hoc solo excepto, quod durante etiam administratione institui possit a minore, si forsan in una specie curator perfide administravit *L XVI. §. I. D. de tutel. & ration. distrah.* & institui debeat, quamvis alio nomine, nem-

pe negotiorum gestorum, substituto, contra curatorem furiosi, quem proprie actione tutelæ ideo non teneri existimabant Romani, quia certus huic curæ terminus haut esset præstitutus *L. IV. §. III. J. Eod.* ibique GOTHOFREDVS. Sed ut in effectu inter actionem negotiorum gestorum & tutelæ nil interest, quod docui in *Programmate supra allegato*, ita & hodie, cum rationes curator æque ac tutor quotannis reddere debeat, durante administratione actionem tutelæ utilem institui posse, dubio caret.

## Aphor. V.

IN MAGISTRATVS) Atque hæc actio non tam ex quasi contractu, ceu erronee putat GOTHOFREDVS *ad L. IX. §. fin. de magistrat. conven.* sed ex quasi delicto oritur, siquidem magistratus non ex consensu, sed ex culpa tenetur, quando in officio negligenter est versatus, & vel plane tutorem non dedit, vel dedit quidem, sed inidoneum, qui jam tempore, quo constituebatur, non erat solvendo. Alias enim, si magistratus idoneitatem tempore constitutionis docere possit, casus postea superveniens ipsi non imputabitur *L. I. §. XI. & XIII. D. de magistratib. conveniend.* Ubique vero magistratui competit beneficium excussionis, ita quidem, ut si neque tutor gerens, neque ejus heres aut fidejussor, aut commendator, neque demum tutor honorarius solvendo sit, in subsidium conveniri possit. Cumque in ipsa æquitate naturali hæc actio fundamentum habeat, non opus est, ut de ejus usu Practico dubitemus. Hoc unicum enim, quod exem-

mpla actionis feliciter peractæ rara sint, haut suf-
t, ut usum ipsum negemus, quod tamen fecisse
IOMASIUM in *Not. ad tit. J. de Satisd. tu-*
*. & tit. D. de magistr. conveniend.* constat.
emini enim, per breve tempus, quo Collegiis
idicis assedi, plus trina vice contra magi-
atus in officio negligentes actionem fuisse insti-
am, & feliciter peractam. Cæterum tam late
et actionis fundamentum, ut dubium non sit,
in ad omnes casus, ubi negligentia magistratus
ncurrit, applicari possit.

# Tit. XVIII.

# De aliis Curatoribus.

## Aphor. I.

PEREGRE ABSENTIBUS ALIQUANDO CURATOR DETUR) Eaque cura vel personalis vel realis est, & cum administratione njuncta. Personalis tum præsertim locum ha-
t, quando contra absentem, qui procuratorem
n reliquit, aliquid statuendum, vel negotium ali-
od subito existens, quod absentis simul consen-
n requirit, expediendum sit. Eo itaque tendit,
absens defendatur, nec quicquam detrimenti ca-
at, utque judicium contra absentem institutum
mum & stabile sit. Sed ejusmodi curator vices
lum procuratoris vel magis defensoris sustinet.
alis e contrario cum administratione rerum ab-
ntis & jure percipiendi fructus est conjuncta. Il-
vero, qui hanc curam subit, easdem obligationes
ipit, quæ aliis Curatoribus imponuntur. In
oque casu ad judicis officium spectat, ut absenti
pro-

prospiciat de curatore. Quare omnis curator absenti constituendus confirmatione magistratus indiget. FABER. *in Codice Lib. V. Tit. XL. def. I. n. 7.* Illi tamen, qui sanguine absenti sunt juncti, extraneo, si velint, præferuntur, eumque excludunt, maxime, si cura administrationem bonorum absentis simul involvat. Præcise autem hic ad proximitatem gradus respicitur, cum fundamentum hujus curæ sit spes succedendi ab intestato, & sic habilitas administrandi haut desideretur, sed mulier, infans, quique alias infirmi judicii est, recte admittatur, siquidem iste defectus per tutores & curatores suppleri potest CARPZ. *P. III. Constit. XV. def. XLVII. n. IV.* Cumque hæc cura unice in favorem eorum, qui successionem sperant, sit introducta, ne ista spes imminuatur, vel mala extranei administratione intervertatur, eademque cura ideo in præmatura occupatione successionis, quæ ex præsumta absentis voluntate sustinetur, consistat; proximis certe ab intestato successoribus, in pari gradu constitutis, æquale jus administrandi assignandum esse, non dubito, atque ideo eorum opinioni, qui curatorem semel solitarie constitutum supervenientes consanguineos paris gradus excludere putant, vid. WERNHER. *P. II. Obs. CCCLVI.* accedere nequeo, cum præterea legibus conveniat, ut heres hereditatem diu possessam cum alio herede superveniente dividat *L. VII. famil. erciscund.* LEYSER. *Spec. XCVII. med. VI.* Effectus curæ est, quod curator administrare debeat, jusque habeat fructus ex bonis absentis percipiendi, & quidem irrevocabi-

liter, quando absens non revertitur, & curatori ereditas re ipsa defertur. Sin secus, ad exemplum liorum curatorum de administratione responde-e, rationesque tum absenti, tum illi, qui secundum roximitatem gradus in ipsa cura succedit, redde-e debet. Ejusque rei intuitu, ut ejusmodi curator atisdationem præstet, necesse est. Cæterum ex eodem fundamento, quod curator jus habeat percipiendi fructus, id etiam consequitur, absente vasallo curam magis allodialibus, quam feudalibus successoribus esse deferendam. Fructus enim feudales heredibus allodialibus deberi, nemo negat BERGER. *Oec. Jur. p. m. 178. & Resolut. Lauterbach. tit. de hered. petit.*

EAM PROBARE DEBET) Eaque, si absens annum ætatis septuagesimum attigit, præsumitur, nec probatione indiget. CARPZOV. *P. III. Const. XV. def. LVII.* Quare nec opus erit, ut ad probationem, absentem vivere, quis admittatur, si terminum istum nondum supervixit. Mortem itaque probare debet, qui absentem septuaginta annis minorem e vivis jam exiisse, asserit, vitam, qui absentem septuaginta annis majorem adhuc superstitem esse contendit. Facilius vero his in casibus mors absentis, quam ejus vita probatur. Utut enim & hic regula sit observanda, duos testes, eosque juratos plenam probationem efficere, sufficit tamen, si duo testes adsint, eos testimonium exhibere, quod absentem mori, etsi non mortuum viderint, MASCARDUS *de probat. Vol. II. Concl. 1075.* CARPZ. *P. I. Const. XVI. def. XXXVII.* quod pompam fu-

funebrem viderint, qua abſens efferri publice dicebatur STRYCK. *de jure ſenſ. Diſſ. I. cap. IV. n. 17.* Unus vero teſtis etiam plenam probationem tum efficit, quando aliæ conjecturæ accedunt, & v. c. is, qui mortuus dicitur, in mari, acie, vel loco peſtilentia infecto verſatus eſt. vid. HORNIVM *de probatione plena per unum teſtem.*

## Aphor. II.

CVRATOR BONORVM CONSTITVITVR) Duplex hujus curatoris Auctor noſter aſſerit eſſe officium, alterum, ut creditoribus reſpondeat, & in veritatem nominum inquirat, alterum, ut interim, donec de veritate nominum conſtet, in communem creditorum utilitatem bona adminiſtret. Verum, quam maxime diverſa eſſe hæc officia, nemo non videt. Illud peritiam juris, hoc prudentiam œconomicam præſupponit. Ibi procuratoris, hic curatoris officium peragitur. Cumque non ſemper utraque qualitas in unam perſonam cadat, ut utrumque officium dividatur, omnino neceſſe eſt. Fieri hoc ſolet in Saxonia, & primum peculiari perſonæ, quæ curator litis, vel contradictor dici conſuevit, defertur. Et quamvis in foro communi hoc regulariter uſu haut ſervetur, & utrumque officium plerumque conjungatur, ipſa tamen diſtinctio uſum habet in quæſtione, utrum creditor poſſit eſſe curator? Quod quidem affirmari poteſt, quando adminiſtrationem in ſe recipere, & curatoris bonorum vices ſuſtinere vult *L. II. §. IV. de curat. bon. dand.* officium vero

ro curatoris litis vel ideo ipsi committi nequit, quia in una persona hæc duo contraria stare non possunt, nomen aliquod in concursu creditorum exigere, & contra idem nomen excipere BERGER. *Oecon. Jur. p. m. 179.*

## Aphor. III.

SED TANTVM CONSILIO SVO IPSIS ASSISTVNT) Et sic curator fœminarum, quatenus sexui solum constituitur, nudus est consiliarius, qui suadet proficua, dissuadet noxia in negotiis, ubi fœminis singulare præjudicium incurrere possunt. Ut igitur curatore plane non indigent in negotiis œconomicis, ad mercaturam spectantibus, si ipsæ mercatrices sint, item in actibus ultimæ voluntatis, nisi, quod his nonnunquam ex jure speciali etiam accedere debeat curator. vide MEVIVM *ad Jus Lubecens. Lib. I. Tit. VII. art. IV. n. 4.* STRYCK. *Diss. de jurib. singular. fæmin. Hamburg.* ita & in reliquis negotiis suis dissensum curatoris facile vilipendent. In eam itaque me facile trahi patior opinionem, consensum curatorum non nisi dicis gratia & solennitatis causa ad negotia fœminarum accedere, omnemque istam necessitatem in odium magis, quam favorem fœminarum, esse introductam, & expedire plane, ut penitus abrogetur. Idem sentit BERGER. *Elect. Discept. Forens. Tit. VIII. obs. I.* LEYSER. *Spec. CCCXXVIII. med. XXII. Spec. CCCL. med. II.* Imo jam olim ordines Provinciales Saxon. Elect. consilium de ejus abrogatione iniisse idem BERGERVS *d. l.* testatur.

CVRA-

CVRATORES SVIS VXORIBVS CONSTITVI) Quando de negotiis uxoris, quæ bona receptitia respiciunt, sermo est. Ratione bonorum dotalium & paraphernalium constitutione non indigent, cum eorum domini, horum legitimi administratores jam sint de jure. Imo ne receptitiorum quidem intuitu maritus curator erit constituendus, nisi ubi id expressa lege introductum, cum ex jure maritali jam jus ipsi competat uxorem defendendi, die eheliche Vormundschafft. JVS PROVINC. SAXON. *L. I. art. XLV.* In posterioris vero generis bonis cura maritalis neutiquam ita radicata est, quin uxor alium sibi eligere possit curatorem. Et hoc constituto mariti consensus non sufficit, nisi curam in extraneum collatam revocet mulier, & in maritum eam legitimo modo devolvat, interveniente nova constitutione a magistratu peragenda.

INDISTINCTE FOEMINAE CVRATORE OPVS HABENT) Verum non opus habent I) in actibus ultimæ voluntatis II) fœminæ solutæ in dispositione de rebus mobilibus III) fœminæ maritatæ in bonis receptitiis, vid. *d. Constit. Elect. XV. P. II.* & peculiaria, quæ hoc argumentum explicant, Electoralia Rescripta in *Introduct. nostra ad Jus Saxon. P. I. Exerc. III. §. XII. sqq.*

Lib. II.

# Lib. II.

# De Jure rerum in genere, & in specie de Jure in re seu dominio late sic, dicto.

## Tit. I.

## De rerum divisione & acquisitione.

### Aphor. I.

HABENTUR) Clarior forsan erit divisio, quando res divini juris discernis a rebus humani juris. Illæ dispositioni hominum plane erant exemtæ, atque Diis dicatæ, vocabanturque res nullius. Hæ vel erant in commercio privatorum, atque dicebantur res singulorum, vel commercium privatorum effugiebant, quorsum pertinebant res communes, publicæ & universitatis. Posterior vero divisio rerum, quod obiter moneo, ex Philosophia Stoica iterum in sapientiam civilem transiit. Duplicem enim Stoici statuebant Rempublicam, majorem alteram, totius generis humani, resque, quæ omnibus hominibus utilitatem præstabant, communes appellabant, alteram minorem, & cuilibet genti propriam, & sigillatim res, quæ usibus Reipublicæ cujuslibet inserviebant, publicas nominabant. Cumque demum quælibet Respublica in varias universitates & collegia, tanquam Respublicas minimas, abiret, quæ denuo res peculiares sibi haberent suis usibus applicandas, tertia inde species rerum, nempe universitatis, enata est. Ita rem præclare explicat NOODTIUS *Probabil. Lib. I. cap. VIII.*

## Aphor. II.

QVAE NVLLIVS DOMINIO SVBJECTA) Vel potius, quas gens humana nunquam inter se dividit, quæque ideo manserunt in communione negativa, ita quidem, ut ratione usus ad omnes homines spectent, neuter vero earum dominium habeat. Causa vero hujus communionis perpetuo duraturæ procul dubio hæc fuit, quod res ipsæ communes usu nunquam exhaurirentur. Hodie vero, Principes nostri res istas communes duplici ratione considerare, atque usum earum, quatenus exhauriri nequit, omnibus & singulis relinquere, quatenus vero exhausti usus sunt, sibi vindicare solent. Utantur igitur subditi aëre ad respirandum, utantur littore maris ad ambulandum. Caveant vero, ne aves nobiliores trajiciant, caveant, ne succinum colligant, ne gemmas suas faciant. Præterea, quamvis res communes in se spectatæ dominii sint impatientes, per consequentiam tamen, quatenus custodiri possunt, facultasque competit alium impediendi, ne istis rebus eodem modo utatur, dominii certa ratione sunt capaces. Inde maria, ut Auctor recte monet, quatenus particularia sunt, & territoriis Rerumpublicarum vicina, dominium, experientia teste, admittunt, taleque dominium Veneti ipso facto exercent, aliæ gentes conservant, dum detractionem veli majoris signum dominii agniti exigunt. vid. CONRING. *de dominio maris*, add. GROTIVM *de mari libero*. SELDENVM *de mari clauso*. BYNCKERSHOECKIVM *de dominio maris*. Eodem modo aër respectu certi

certi fundi in dominio privatorum esse potest, alterque impediri, ne ædificium projiciat. Imo & Jure Saxonico, si rami arborum ex vicini horto in nostrum propendentes liberiorem aërem intercipiant, eos abscindere licet. THOMASIVS *ad Strauch. Diss. VI. §. II.* WERNHER *P. II Obs. CCCCXXVI.*

## Aphor. IV.

QVAE AD CERTVM POPVLVM PERTINENT) Magis perspicue dixeris, res publicas olim fuisse, quæ in communione positiva totius Reipublicæ minoris erant, id est, pluribus ita competebant, ut omnes idem jus, sive condominium, haberent. Verum, mutato Rerumpublicarum statu, & rerum, quæ ad populum pertinebant, natura mutata est, Principesque sibi easdem cum ratione proprietatis, tum ratione usus sub nomine regalium vindicant, privatoque earum rerum usum citra concessionem haut concedunt. In Saxonia tamen flumina eatenus adhuc privati usus censentur, ut molendina ibi extruere liceat, quod late ostendi in *Introd. ad Jus Saxon. P. II. Exerc. VIII. §. I. & II.* Ne vero quid dissimulem, Principibus non semper idem jus in rebus istis competit, qua olim publici juris erant. Utut enim jam apud Romanos, qui tempore Reipublicæ liberæ unum habebant ærarium, in quod omnes colligerent reditus ex rebus ad populum spectantibus, distinctio inter ærarium, & fiscum, qui reditus Principis usibus destinatos complectebatur, exoleverit, vid. *Commentar. ad Const. omiss. Manip. II. Obs. I.* ea tamen semper etiam nostris moribus mansit inter utriusque generis re-

 ditus

ditus differentia, quod ærarium contributiones & vectigalia contineat in communem Reipublicæ utilitatem impendenda, fiscus vero ex emolumentis quibusdam accidentalibus consistat, principi, qua tali, ob summum imperium assignata, quo dignitatem & splendorem tueri possit, illeque ideo ærarium administret, fiscum proprio jure, qua Princeps habeat, a patrimonio ipsius Principis, Chatoul-Geldern, ideo distinguendum, quia hoc ipsi, quà privato, competit. Demum certa bona Principi etiam ad sustentationem sui, familiæque principalis, assignata sunt, quæ domania, Cammer oder Tafel-Güter, vocantur, atque in his respublica dominium retinet, Princeps vero ususfructus solum fit particeps. Quapropter nec horum alienatio subsistit, nisi consensu Statuum sit munita, cum alias Respublica onere afficeretur, alia bona iterum substituendi *c. XXXIII. X. de jurejur.* Imo nec præscriptione dominium ejusmodi bonorum acquiri posse, ex ipsa eorum indole sponte fluit, quamvis negare nolo, pro eo, qui possessionem immemorialem allegare & docere potest, militare præsumtionem, quod eam legitime acquisiverit. Sed de hoc argumento alibi plura.

## Aphor. VII.

RES VNIVERSITATIS SVNT) Vel clarius, quæ in communione positiva cujusdam civitatis vel collegii sunt, ita quidem, ut omnia universitatis membra condominium & æquale jus fructus inde percipiendi habeant. Interim per se patet, nemini jus esse, re universitatis aliter utendi, quam quatenus consensu omnium usus determinatus est.

Ver-

Versatur enim hac in re jus singulorum, & in re communi semper melior est ratio prohibentis. WERNHER. *P. VII obs. LXX.*

## Aphor. IX.

RES NVLLIVS) Cujus denominationis ratio inde desumta est, quia hæ res divini juris, Diis apud Romanos addictæ, ea vero ratione commercio hominum exemtæ erant. Fiebat ista exemtio solemni ritu, nisi quod res religiosa per mortui illationem ipso jure constitueretur privata auctoritate. Sigillatim res religiosæ Diis inferis cedebant, & Manibus, cum e contrario res sacræ Diis superis, res sanctæ Diis medioxumis sive Heroibus dedicarentur. Hodie Pontificii consecrationis ritum sigillatim in rebus sacris adhuc conservant, eumque, ut commercio privatorum ipsa res cultui divino destinata eximatur, necessarium putant. Protestantes vero in tali sensu, ut Romani & Pontificii, res nullius non habent, sed res sacræ sunt in patrimonio Ecclesiæ, salva interim dispositione ejus, cui jus circa sacra competit. Sanctitas rerum unice a Principis voluntate dependet, eaque ex sanctione, sive pœnali constitutione, quam violatoribus lex minatur, dijudicari solet. Religiosæ demum res dispositioni universitatis, vel, quatenus sepulturam sibi quis in templo aut ejus accessorio eligit, dispositioni Ecclesiæ subsunt.

PVBLICA AVCTORITATE DEO CONSECRATAE) Verum cum apud Protestantes consecratio ad constitutionem rei sacræ vix necessaria, sed, si quæ forsan accedit, pia magis cerimonia sit,

ipsa qualitas rebus sacris conciliatur per destinationem & usum. Quæ duo si simul concurrunt (concurrere autem debent necessario LYNCK. *de jure templor. c. VI.* STRYCK. *us. Modern. Pandect. tit. de Rer. Divis.* §. *IV.*) publica auctoritate non est opus, quando res mobilis est. Sin immobilis, Princeps vel ideo consentire debet, ne Respublica ratione onerum, quæ rei privatæ olim inhærebant, quicquam per exemtionem capiat detrimenti. Hæc vero cum ita sint, facile patet, cessante usu, cessare etiam rem sacram. Quod apud Romanos, quos fere sequuntur Pontificii, secus erat. Per consecrationem enim ita locum occupasse credebatur religio, ut nunquam iterum in dominio privati esse posset ipsa res, etiamsi ædes essent dirutæ aut vetustate collapsæ *L. VI. D. de rer. divis. L. LXXIII. D. de contrahend. emtion.* Ut itaque Dii, qui præsentia sua locum implebant, nec sponte facile abibant, solemni ritu iterum evocarentur, fieretque exauguratio, necesse erat *L. IX. D. de Rer. Divis.* BEYER. *Diss. de ritu evocandi sacra.*

ALIAEQVE RES) An etiam subsellia Ecclesiastica? Hoc recte affirmari puto. Non enim solum pars sunt templi & accessorium, sed etiam ad cultum divinum habentur. Atque sic regulariter erunt extra commercium privatorum. Verum hæc tamen inter subsellia Ecclesiastica & reliquas res sacras notabilis intercedit differentia, quod usibus privatorum inserviant, salvo cæteroquin dominio & jure exigendi in recognitionem dominii certum canonem Ecclesiæ competente. Utut itaque privati

vati de subselliis istis in præjudicium Ecclesiæ libere disponere nequeant, usum tamen eorundem aliis concedi posse, non est, cur negemus, cum neque regulariter concessio usus rei, quam alieno beneficio possidemus, extra commercium sit, neque etiam Ecclesia ex ista concessione damnum habeat, siquidem jus exigendi canonem mutato possessore illi salvum manet. Confer MEVIUM *ad Jus Lubec. Lib. I. Tit. X. art. VI. n. 75.* SCHILTER *Exerc. IV. §. VII.* LEYSER. *Spec. XXII. med. IV.* Quia vero usus iste subselliorum parochianis concessus ad jura personalia pertinet, & secundum mores Germaniæ cum persona expirat, concessionem istam, valde dubito, valere posse in præjudicium eorum, ad quos subselliorum usus devolvitur, sed contractum istum cum jure dantis resolvi existimo. Habent enim proximi possessoris prioris cognati jus aliquod Protimiseos legale, & quæsitum, MEVIUS *P. V. Decis. CCCCVIII.* quod ipsis interverti nequit. Eademque ratione Ecclesiæ etiam, cui jus est, deficientibus proximis cognatis subsellia vacantia occupandi, ista dispositio præjudicare neutiquam poterit, nisi forsan in translationem usus expresse consenserit, jurique suo renuntiaverit. add. quæ de subselliis dixi *in Introd. ad Jus Sax. P. II. Ex. III. §. LXI.*

## Aphor. X.

DISCERNENDAE VENIVNT RES ECCLESIASTICAE) Primam differentiam desumunt ab usu, cum res sacræ immediate, res Ecclesiasticæ

mediate cultui divino inserviant. Alteram a constitutione, siquidem res sacræ consecratione, res Ecclesiasticæ destinatione fiant. Tertiam a facultate alienandi, dum res sacras non nisi ob necessitatem & pietatem, adhibitisque multis solemnibus, res Ecclesiasticas vero etiam ob utilitatem alienari posse putant. Verum enim vero, quamvis prima tolerari possit, cum eo solum spectet, ne notiones confundamus; altera tamen & tertia principiis Protestantium vix convenit. Neque enim consecratio apud nos in usu est, neque, si adhibetur, characterem quendam indelibilem imprimit. Sed, ut in cujuslibet privati arbitrio est, dominio rerum suarum mobilium sese abdicare, hasque in Ecclesiam transferre, insimulque, cui usui res ipsas adhiberi velit, determinare; ita, quando de rebus immobilibus sermo est, sive istæ mediate, sive immediate ad divinum cultum destinatæ sint, Principis consensu opus est, ut priorem qualitatem amittant. Interest enim Reipublicæ, ne res privatorum oneribus publicis subtrahantur, quod tamen per earum translationem in Ecclesiam fieri, palam est, cum, uti dicunt, veniant in manum mortuam. Quare jam olim Principes operam dederunt, ut nimiam licentiam privatorum res suas Ecclesiis dedicantium cohiberent, atque Reipublicæ detrimentum averterent, cujus generis constitutiones allegavit SCHILTER. *Instit. Jur. Canon. Lib. II. Tit. VI. §. VI.* Ipsum vero actum illum, quo res privatorum, interveniente publica auctoritate, ad usum Ecclesiæ destinantur, amortizationem vocamus, de qua vid.

PE-

PETRI PECKII *pecul. tract.* Alienationem deinde harum rerum, quæ in manum mortuam venerunt, quod attinet, facile patet, peculiarem inter res ſacras & bona Eccleſiaſtica haut eſſe conſtituendam differentiam. Utraque enim ſpecies eſt in dominio Eccleſiæ, eaque cum jure minorum fruatur; eadem ratione de rebus ſuis diſponere poterit, qua minores res ſuas alienare. Cauſa igitur ſufficiens alienationis adſit, eaque cognoſcatur, decretumque accedat, neceſſe eſt. Plura vix deſiderantur. Imo ad exemplum rerum pupillarium, quarum alienatio, ſi Principis reſcriptum acceſſerit, absque decreto valida eſt, valebit etiam alienatio rerum Eccleſiæ Principis conſenſu munita. BRUNNEMANN. *Jur. Eccl. Lib. II. cap. I.* Recte igitur CARPZOVIUS *Lib. V. Reſp. LII. n. 30. ſq.* judicat, Principis conſenſum eundem in ejusmodi alienationibus habere effectum, quem aliis ſolemnitatibus ſuperfluis tribuere ſolent Pontificii. Eadem ratione pro validitate alienationis, cui ſolennitates juris Canonici deerant, pronunciarunt JCti Wittenbergenſes apud WERNHER. *P. IX. obſerv. CLVI.* add. LEYS. *Spec. XXIV. med. I.* BÖHM. *Jur. Eccl. Proteſt. Lib. III. Tit. XIII. §. XXXIX. in fin.* Cæterum ut moris eſt, adhibere actum amortizationis, quando res privati immobilis in Eccleſiam transfertur, ita & invaluit conſuetudo, ut actus ſeculariſationis accedat, quando rei immobilis Eccleſiæ dominium ad Laicum iterum tranſit in uſum ſecularem. Conf. RHETIUM *de ſeculariſatione.* Quod reliquum eſt, hoc etiam in alienatio-

natione rerum sacrarum usibus profanis destinandarum consilii capiendum esse existimo, ut forma earum prius mutetur, ne superstitiosus forsan vel nequam homo re ista abutatur.

## Aphor. XI.

VBI QVIS MORTVVM INTVLIT) Fiebat autem locus religiosus privata auctoritate §. *IX. J. de rer. divis.* Solaque mortui illatio locum ipso jure faciebat religiosum. Unde quidem per se patet, jus inferendi eum habere debuisse, qui cadaver sepeliebat, nec ideo locum alienum invito domino fieri potuisse religiosum. Verum tamen domino hujus loci alia, quam injuriarum actio non erat comparata, quippe quam Romani generatim concedebant, quando quis fundum alienum invito domino intraret, ibique opus aliquod faceret. Ut igitur ipse locus, quem Dii Manes, eo ipso momento, quo cadaver illatum esset, sibi vindicare credebantur, divini juris esse desineret, Pontificum auctoritate opus erat, qui corpus semel illatum sepulcro tollendi veniam concederent. *L. I. & XXXIII. D. de religios.* Præterea vero, quod locus iste, in quem quis mortuum inferre vellet, in ejus regulariter esse deberet dominio, id quoque Romani cavebant sedulo, ne sepulcra & monumenta quis sibi constitueret in urbe *L. III. D. de sepulcro violand. L. XII. C. de religios.* Idque rationis esse, nemo non videt, præsertim cum civitatis intersit, ne aër exhalationibus impurior factus iis, qui vitam adhuc agunt, noceat. Peccasse igitur

igitur Christianos veteres & peccare adhuc hodie nostrates existimo, qui sepulcra non in urbe solum, sed in templis etiam tolerant, cumprimis, quia eius generis sepulcra superstitio progenuit, & interesse Ecclesiae pecuniarium promouit. Conf. THOMASII *Diss. de jure Principis Evangel. circa solennia sepulturæ.*

VTAMVR) Hodie igitur jus privata auctoritate sibi sepulcrum constituendi plane cessat, sed peculiaris locus mortuis assignatur STRYCK *ad Brunnem. Jus Eccles. Lib. II. cap. II. §. XII. verb. extra coemeterium.* Publica vero auctoritate Principis ad coemeterium constituendum non videtur opus, sed rem universitatis magis esse, ut certus eligatur locus, perspicue docuit BÖHM. *Jur. Eccles. Protestant.* quamvis facile concesserim, Principis consensum ad bene esse coemeteriorum conferre. Imo hoc etiam diffiteri nolo, jus sepulturæ in templis iisque vicinis locis ad jura Ecclesiæ pertinere. Interim, loco peculiari semel constituto, ejus usus parochianis quidem non est denegandus, nec tamen parochianus præcise cogendus, ut ibi, ubi sacris interfuit, corpus suum requiescere sinat. Electionem enim sepulcri & Jus Canonicum unicuique liberum esse jubet *c. I. X. de sepultur.* add. BÖHMER. *Jur. Paroch. Sect. IV. cap. II.*

ALIQVID EXIGANT) Nec talis solum exactio permittitur, sive quis sibi peculiarem locum in coemeterio eligat, quem privative habeat, sive contentus sit loco, quem Ecclesia corpori assignat, sed

sed præterea tot alii sumtus sepulturam concomitantur, ut experientia teste fere in onus degeneret, cui haut paucorum facultates impares sunt. Merito itaque optandum esset, ut Principes nostri abusui obicem ponerent, cum naturæ rei conveniat quam maxime, ut sepultura sit gratuita. Ne verò interim fundamentum exigendi desit, advocatum iis, quorum interest, ne isto in argumento quicquam mutetur, Innocentium III. Pontificem dabo, qui in *cap. XLII. X. de Simon.* brevem hanc cupidini habendi, compilavit defensionem: Non exigi aliquid pro exequiis, sed pro conservanda laudabili consuetudine. Eodem fundamento etiam innititur vectigal illud, quod parochis solvitur, per quorum parochiam mortuus alibi sepeliendus ducitur, der Todten-Zoll, de quo vid. BEYER. *Position. ad Dig. tit. de religios. n. 31.* add. CARPZOV. *Diss. de transportat. defunct. per territor. alien.*

## Aphor. XII.

SANCTIONE QVASI MVNITAE) In duplici potius significatu Romanis res sanctæ veniebant. Aliæ dicebantur sanctæ ob sanctionem, qua ita munitæ erant, ut violari impune haut possent, aliæ sanctæ vocabantur ob solennes ritus, quibus Heroibus dedicabantur. Posterioris generis res sanctas nos hodie non habemus, nisi forsan huc referre velis muros civitatum, quos Pontificii peculiari tutelæ Sancti cujusdam commendarunt, quo de argumento confer. HEINECCIVM *Theol. de Diis tu-*

*tutelaribus Goslariensibus.* Prioris generis res sanctæ præter muros & portas civitatum plures aliæ extant. Templa enim, Curias, Judicia, Residentiasque Principum huc referre poteris. Sigillatim Sanctitatem residentiis Principum propriam ex professo enucleavit STRYCK *Dissertat. peculiar.*

POENA NON EST CAPITALIS) Hæc ipsa pœna enim, si originem ejus spectes, ex lege Romuli derivanda est, quæ arcanas suas & politicas habebat rationes, & in perniciem sigillatim Remi concepta erat, ceu FLORVS testatur *Lib. I. Histor. cap. I.*

## Aphor. XIII.

JVS IN RE ET JVS AD REM) Cujus distinctionis fundamentum est in *cap. XL. de Præbendis in sexto.* Jus Romanum vero istos terminos fere ignorat, & jus magis in personam a jure in rem distinguit. Differunt autem jus in re & jus ad rem, non solum ratione acquisitionis, sed etiam ratione effectus. Jus in re acquirimus vel occupatione vel traditione. Id fit in rebus, quæ nondum in alicujus dominio fuerunt, hoc, in rebus, quæ a domino in nos transferuntur. Quarundam tamen rerum intuitu, quarum traditio per rerum naturam fieri nequit, traditio facta fingitur, modo de voluntate domini constet. Idque sigillatim fit in servitutibus negativis, item in ultimis voluntatibus. Jus ad rem acquirimus per conventionem. Quatenus itaque res quædam nostra per legitimam acquisitionem jam facta est, quemlibet alium possessorem, infir-

infirmiori jure possidentem per actionem realem excludere possumus. Quatenus vero res promissa solum est, & nostra adhuc fieri debet, cum promittente ex præcedente contractu agamus necesse est.

## Aphor. XIV.

Tres svnt species) Alii quinque substituunt, alii unam solum juris in re speciem esse tradunt, quam varia ratione iterum subdistinguunt. Sed tricis illis non opus, verum perinde est, sive tres, sive quinque, sive unam solum admittis. In verbis enim sumus faciles, modo in re conveniamus. Qui vero minutias sectari amat, eum ad varia Hahnii, Bornii, Glæseri, Svendendörfferi aliorumque scripta ablegamus, quæ conjunctim Helmestadii an. 1664. prodierunt. Hoc mirum, exigui certe momenti hanc controversiam recruduisse inter Thomasium & Huberum. Vide sis Thomasii *Scholia & nov. additam. ad Huberi Prælection. ad Inst. p. 81.*

Et jvs possessionis). Hanc speciem juris in re Bornius non admittit. Sed sic, quid fieri debeat, nescio, cum *L. XLIV. D. de acquir. vel amitt. possess.* in qua aperte juris possessionis mentio injicitur, add. *L. XXXI. §. I. de action. emt.* Certe enim, qui possidet, etiamsi præter possessionem nihil allegare possit, jus rei tamdiu insistendi, aliosque ab ejus usu excludendi exercet, quamdiu alter, pinguius aliquod jus sibi in ista re competere, docere nequit. Quare in eo solum ab aliis speciebus juris in re differt, quod temporarium solum aliquod jus

jus tribuat, atque, possessio sola reliquis speciebus juris in re cedere debeat.

## Aphor. XV.

DISPONERE ) Ergone, qui de re quadam pro arbitrio disponere nequit, dominium non habebit? Id certe ex Auctoris definitione sponte sua sequi videtur. Hac vero ratione Vasallo, Emphyteutæ, marito, dominium, quod omnium consensu in feudo, Emphyteusi, fundo dotali, exercent, erit denegandum. Quo igitur, in quonam essentia dominii consistat, & in quibus ab aliis negotiis sese distinguat, magis perspicue elucescat, hoc præmonendum duxi, quatuor quidem dominii regulariter esse effectus, nempe facultatem re utendi, jus de re disponendi, jus rem ad heredes transmittendi, denique jus alios a re excludendi; ex his tamen ultimum solum essentiam dominii ingredi, reliquos omnes ad naturalia solum spectare, salvaque dominii essentia abesse posse. Sic plus quam notum est, usumfructum a proprietate separari, eumque jure servitutis alii constitui posse. Facultatem vero de re libere disponendi inter vivos & mortis causa, non lege solum, sed & pactis, imo & testamentis, restringi & tolli, & proprietatem tamen salvam manere, tot exempla in jure nostro docent, ut, qui ea negaret, ipsam veritatem non possit non negare. Imo multa sigillatim in Germania jura dantur dimidiata, vi quorum ipsum dominium ita difformiter inter plures dividitur, ut alter præter proprietatis partem sibi nihil fere retineat, alter vero cum proprietate jus utendi, disponendi, testandi exerceat, ex prioris bene-

beneficio. Quæ cum ita sunt, tuto asserere possumus, dominum eum esse, penes quem jus excludendi sive rem vindicandi illibatum manet, hac vero facultate cessante dominum quem vocari haut posse. Et hac ratione in formanda domini definitione neutiquam ad ea, quæ naturalia solum dominii sunt, respiciendum, sed ipsa definitio magis ab eo, quod essentiam dominii ingreditur, desumenda est, ita quidem, ut dominium dicamus jus alios a re quadam excludendi, eamque a quovis possessore vindicandi.

## Aphor. XVI.

DISTINGVITVR DOMINIVM ) Hæc distinctio eo solum spectat, ut asserto Auctoris, vi cujus tres solum species juris in re constituit, sua constet ratio. Majorem utilitatem præstant reliquæ divisiones dominii ab Auctore omissæ, nunc supplendæ. Prima est in dominium simplex sive solitarium, & condominium. Illud jam definivimus. Hoc est, quando una eademque res ita ad plures pertinet, ut omnes idem jus alios a re excludendi habeant, simili vero jure erga se invicem gaudeant, & huc pertinent res, quæ in communione sunt. Altera est in dominium eminens & vulgare. Hoc privatorum est, illud Principis, qui vi ejus effectus dominii privati non solum, postulante id Reipublicæ salute, legibus circumscribit, sed & in casu necessitatis subditos ab usu rerum suarum excludit. Tertia est in plenum & minus plenum. Illud cum facultate vindicandi reliquos etiam, qui dominii naturam ingrediuntur, effectus sub se complectitur. Hoc

est

est, quando una res difformiter ita penes plures est, ut alter, parte proprietatis sibi reservata, alteram proprietatis partem, cum exercitio effectuum dominii restricto, in tertium transfert ea lege, ut certis præstationibus agnoscat, concedentem partem proprietatis sibi retinuisse. Inde vero enascitur conceptus dominii directi & utilis. Illud in parte proprietatis, quam alter sibi retinuit, & spe exercitium proprietatis aliquando iterum recuperandi consistit. Hoc exercitio proprietatis aliorumque dominii effectuum, beneficio ejus, qui proprietatem sibi certa ratione retinuit, concesso, absolvitur. Tale vero jus dimidiatum quando adest, directo domino haut concessa est facultas, dominum utilem in exercitio proprietatis turbandi, dominus e contrario utilis ita semper exercere debet dominium, ne jus ejus, qui partem dominii sibi retinuit, intervertat. Quarta distinctio est in dominium naturale & civile. Hoc consistit in exercitio dominii, cum facultate emolumenta ordinaria percipiendi conjuncto, ademta tamen facultate, de re disponendi. Illud consistit in facultate, rem, finito tempore, quod leges exercitio dominii civilis præstituerunt, sibi iterum vindicandi. Ususque hujus distinctionis præsertim in argumento de dote, cujus dominium naturale penes uxorem manet, civile in maritum transit, conspicitur. Quinta est in dominium revocabile & irrevocabile, qui termini per se jam perspicui sunt, & variis speciebus dominii antea enumeratis applicari possunt. Præsertim iterum in doctrina de dote, ut & in emtione ven-

M ditione

ditione cum pacto de retrovendendo facta occurrunt. Denique sexta distinctio dominii est in Quiritarium & bonitarium. Verum, cum ista a distinctione rerum in res mancipi & nec mancipi Romanis solum cognita derivanda sit, ita quidem, ut illarum rerum dominium non nisi solemni mancipationis ritu transferri, harum rerum dominium simplici traditione in alium transmitti potuerit, quæ omnia nostrates ignorant, huic distinctioni immorari nolo.

## Aphor. XVII.

Modus acquirendi) Cum quo tamen non confundendus titulus, sive causa, ex qua acquirimus. Hæc enim modum acquirendi præcedit, & contractum continet ad transferendum dominium habilem, nec jus in re, sed jus ad rem solum tribuit: Ista causa tamen modis acquirendi originariis jam inest, cum locum hi sibi vindicent in acquirenda re, quæ dominum non habet, atque ideo opus non sit, ut ejus factum abdicationis accedat. Res vero, quæ dominum jam habent, absque titulo nunquam acquiruntur, ne quidem per præscriptionem, sed earum possessor titulo carens pro malæ fidei possessore habetur.

## Aphor. XVIII.

Forma a jure civili est adscripta) Modos acquirendi civiles late persequitur Heineccius *Antiquit. Romanar. Lib. II. Tit. I. §. XIX.* eorumque undecim fuisse demonstrat, hereditatem, mancipationem, in jure cessionem, usucapionem, sub corona

corona emtionem, auctionem, traditionem, adjudicationem, legem, adrogationem, & modum acquirendi ex Scto Claudiano. Verum, qui paulo curatius eorum indolem perpendit, ei facile patebit, omnes ac singulos traditionis vel veræ vel præsumtæ species fuisse, nec nisi verborum solennitate & formularum cantilena ab invicem sese distinxisse, nisi quod hereditatis, legati, bonorum caducorum & ereptitiorum, nec non mulieris libidinosæ ex Scto Claudiano jure ipso fieret acquisitio.

## Aphor. XX.

OCCUPATIO) Est autem occupatio actus, quo res, quæ nullius vel hostilis est, per apprehensionem, cum animo, rem illam sibi habendi, conjunctam, in potestatem nostram redigitur. Requiritur itaque I) occupari rem nullius. Rem alienam qui invadit, dominium haut acquirit, II) Accedere factum apprehensionis. *L. V. §. I. de acquir. rer. domin. §. XIII. J. de Rer. Divis.* Solus itaque animus, solus visus, sola verbalis declaratio, quod quis rem habere velit, non sufficit, quamvis id Jure antiquo Romano secus fuisse videtur. Rem enim ab altero apprehensam, ab altero apprehendi visam, communem fuisse ex Senecæ *Epist. XCVII.* PHAEDR. *Fabul. V. 6.* PLAVTO *Rudent. IV. 3. v. 76.* discimus. Verum in alia ivit Justinianus. *d. §. XIII. J. de rer. divis.* Atque sic res nullius, ad quam occupandam duo concurrunt, non fit communis, sed cedit vere occupanti, id est, apprehendenti. Potest igitur alius intervenire, & rem, quam persequimur, cujusque apprehensionem paramus, nobis ite-

rum eripere. III) Rem in poteſtatem noſtram eſſe redactam. Idque in rebus hoſti ereptis juris eſſe, clara teſtatur *L. V. §. I. de captivis.* Verum ob paritatem rationis idem in occupatione rerum nullius judicandum eſſe cenſeo. Confer. LEYS. *Spec. CCCCXXXIX. med. II.*

## Aphor. XXI.

CONSVETVDINEM ILLAM NON EXVVNT) Modo tamen malitioſe ab alio non detineantur, tum enim dici non poteſt, revertendi conſuetudinem eas deſeruiſſe *L. VIII. §. I. D. famil. erciſc.*

IN DOMINIO TAMEN MANET) Et ſic etiam contra quemvis poſſeſſorem, qui tale animal detinet, rei vindicatio locum habet, modo probem, animal manſuetum meum fuiſſe. Quod enim meum eſt, absque facto meo ad alium tranſire nequit.

## Aphor. XXII.

PER TOTAM GERMANIAM) Nimis liberalis hic Auctor eſt in extendendo regali venationis jure. Certe lex univerſalis deficit. Imo contraria potius lex in Germania extat; ſiquidem JVS PROVINC. SAXON. *Lib. II. art. LXI.* & SVEVICVM *art. CCXXXVII* facultatem venandi omnibus ingenuis conceſſit. Conſuetudo vero univerſalis contraria vix probari poteſt. Refert enim BEYER. *Jur. German. Lib. II cap. II. § VIII.* liberam eſſe venationem in Svevia, Electoratibus Moguntino & Colonienſi, Ducatu Wurtenbergico, Principatu Naſſovio Dillenburgico, aliisque Germaniæ provinciis. Unde iis facile aſſentior, qui

qui probatione onerant asserentem, iis venandi regalibus annumerari in iis provinciis, ubi libera fuit hucusque venatio: Ubi vero Principes semel jus venandi sibi vindicarunt, & exercuerunt, ibi certe privatis idem jus citra concessionem Principis adjudicari nequit, nisi forsan cum KLOCKIO *Vol. I. Consil. X. n. 400. & XXIX. n. 627.* MEICHSNERO *Tom. III Decis. XXXIII. n. 87.* aliisque pluribus statuere velis, in dubio, & si lex generalis, venationem Principi indistincte vindicans, desit, jus venationis inferioris prædiis ingenuorum cohærere, atque citra Principis concessionem exerceri. Plane, licet venatio omnis privatis interdicta sit, rationis tamen videtur, ut occisio ferarum carnivorarum privatis permittatur, quoad reliquas autem feras nocivas Principes caveant, ne privatorum agris earum multitudo noceat, spemque vitam sustentandi & onera exsolvendi de prædiis omnem intercipiat.

RECTE INTERDICTA EST SUBDITIS) Eadem TITII *in Jure privato Rom. German. Lib. VIII. cap. XIV.* §. *V.* & HORNII in *Jur. Public. cap. LX.* §. *XVIII.* philosophia est. Hi enim jus Principis in feras bestias naturale esse, & constitutis civitatibus virtute legis fundamentalis a populo in eum translatum existimant. Alii præscriptionem immemorialem, alii alia in subsidium vocant fundamenta. Sed cum singulis fere aliquid objici possit, certe sufficit, in consensu civium tacito, & eorum patientia subsistere, cum juri Principis, quatenus in ejus exercitio est constitutus, nihil decedat, ex quocunque demum fundamento illud derives.

 CON-

CONCEDERE VELINT) Cum itaque privatis interdicta sit venatio, nec absque concessione exerceri queat, non incongrue quaeritur, an illicite venantes fures dicendi & poena capitali afficiendi sint. De priori dubitare video BÖHMER. *Jur. Digest. ad tit. de acquir. dominio* §. *X.* de posteriori HOPPIUM *ad Instit. Tit. de Rer. divis.* §. *XII.* Verum hoc supposito, venationem non priuatorum jus, sed Reipublicæ vel Principis esse, furti definitio commode applicatur ad factum illicitum venationis, & sic etiam, quando animus lucrifaciendi concurrit, poenam furti locum habere non dubito, modo tamen abstineamus a poenis capitalibus, quae amissionem non vitæ tantum, sed jacturam quoque animæ operari possunt v. c. das Schmieden auf den Hirsch. Conf. DOEPLER *Theatr. Supplic. P. II. cap. XLIV. n.* 1. *sqq. & 69. sqq.* add. ZIEGLER. *Jur. Majestat. Lib. II. cap. XIV.* §. *XXXII. sqq.*

## Aphor. XXIII.

JVS VENANDI MEDIVM) Quid ad quamvis speciem in Saxonia referatur, ex peculiari Mandato Regio-Elect. d. VIII. Nov. 1708. docui in *Introd. ad Jus Saxon. P. II. Ex. V.* §. *IX.*

EX LITERIS INVESTITVRARVM COGNOSCITVR) Ex his, si res confici nequeat, in iis certe provinciis, in quibus jus venandi indistincte regalibus annumeratur, id semper concessum videtur, quod minimum est, cum in dubio, quando de exercitio regalis sermo est, semper inter-

terpretatio restrictiva adhibeatur. Et sic in dubio minor solum venatio concessa intelligitur CARPZOV. *P. III. Const. XXXII. def. XVII.* WERNHER. *P. V. obs. LVIII.* Imo, concessa licet venatione majori eam tamen de exercitio venationis cum canibus venatoriis explicant, usum vero des Pürschens und Schiessens denegant, nisi & verba investituræ eo nominatim sint directa CARPZOV. *P. III. Decis. CCXVII. n. 7.* add. LUDOVICI *Dissert. an species deroget generi cap. I. §. III. sq.*

PLERISQUE IN LOCIS ABOLITUM ESSE) De Jure Saxonico res expedita videtur per ORDINAT. PROVINC. *de anno 1555.* tit. daß keiner auf des andern Grund, &c. add. BERGER. *Oec. Jur. p.m. 226.* WERNHER. *P. VII. obs. LXVII.* Verum hoc jus sequelæ in iis provinciis vigere, quæ Jure Romano utuntur, salvo tamen jure præoccupandi, domino fundi, in quo persecutio fit, competente LEYSER. demonstrat. *Spec. CCCCXLI. med. X. sq.* & SEKENDORFFIUM quoque atque WEHNERUM, qui de usu hujus sequelæ in aliis provinciis testimonium perhibent, in partes suas vocat.

## Aphor. XXV.

QUIBUS A PRINCIPE CONCESSUM) Hoc, si de fluminibus publicis intelligit Auctor, res dubio caret, ob ea, quæ hanc in rem disserit ZIEGLER. *de jur. majestat. Lib. II. cap. XV. §. XXIII.* Nam certe, cui jus competit in flumine ipso, illi etiam facultas non erit deneganda, fructus inde percipiendi. Quare citra concessionem, ne iis quidem piscari permittitur, qui prope flumina feuda possident

STYPMANN. *de jur. maritim. P. V. cap. IV. n. 11.* Quod autem ad flumina privata attinet, jus piſcandi iis, qui prope ripam habitant, vix erit denegandum.

## Aphor. XXVI.

INCLVDI A QVOLIBET POSSVNT) modo non reperiantur in ſylvis & foreſtis. Tum enim cuilibet earum incluſio haut permittitur, ſed ille potius jus habebit, favos eximendi, cui jus foreſti competit. Jus enim foreſti præter inſpectionem in ſylvas. & jurisdictionem, facultatem etiam complectitur omnes ex foreſto percipiendi fructus. BEYER. *Delin. Jur. German. cap. III. §. III.*

QVODAMMODO DISSENTIAT CARPZOV.) Qui in ea eſt opinione, tanquam examen apium indiſtincte res nullius ſit, & occupanti cedat. Verum juri magis convenit ſententia BERLICHII *P. V. Concl. L. n. 12. ſq.* tum demum examen apium pro re nullius haberi poſſe, quando in ſcio domino emigravit. Domino itaque ſcienti perſecutionem examinis in alienum fundum concedit, ita tamen, ut dominus fundi illum ab ingreſſu arcere, & prævenire poſſit.

## Aphor. XXVII.

NVMERVS EST CONCESSVS) Quod rationis eſſe vel inde apparet, quia columbæ, quæ evolare ſolent, in agris paſtum quærunt, iisque, dum grana effodiunt, maximo detrimento ſunt; Non igitur poteſt, qui ipſe agros non habet, vicinis onus imponere, ut ex ſuis agris columbis paſtum concedant. Vnde merito temperanda eſt opinio PHI-

LIPPI,

LIPPI, qui in *Ecloga Lib. VI. ad Lib. II. Instit. n.1. & 2.* nimis liberaliter asserit, posse quemlibet in suo columbas alere, & columbarium exstruere.

## Aphor. XXVIIII.

CUJUS AUSPICIIS BELLUM GERITUR) Æquum enim est, ut belligerantem, qui ex moribus hodiernis non amplius militia lecta utitur, sed mercenariam alit, commodum sequatur, quia onus belli gerendi solus fert. Ut sic merito a Philosophia Romanorum, qui militibus lectis hostibus erepta relinquebant, recedere debeamus: vid. interim FABRI *Semestr. Lib. II. cap. III.* Hodie igitur nihil sibi capit miles mercenarius, nisi cujus occupationem ipse belligerans, vel, quem ille delegavit, concessit. Sigillatim juris est, ut res mobiles fiant occupantis, simulac hostis eas non amplius persequitur, vel quando intra præsidia deducta sunt: Res immobiles vero in dominium belligerantis veniant respectu tertii, non ratione prioris domini, sed jus solummodo belligerans consequatur bonæ fidei possessionis, ut fructus interim suos faciat irrevocabiliter, donec transactione interposita determinetur, cuinam rei immobilis dominium cedere debeat GROTIUS *de Jur. Belli & Pac. Lib. III. cap. VI. § III.*

## Aphor. XXX.

SIBI LICITE ADSCRIPSERUNT) Modo tamen id expresse factum sit, & nullo rerum, quæ inveniuntur, habito discrimine. Inde enim, quod certas res, quæ in locis publici juris inveniuntur, Princeps sibi vindicaverit, sequi non videtur, in-

ventionem plane non posse ad modos acquirendi dominii privatos referri. Sed naturæ rei magis convenit, voluisse Principem, qui hunc acquirendi modum in aliquibus restrinxit, ut in reliquis salvum maneret jus subditorum. STRYCK. *ad* §. *II. J. de Rer. Divis.*

## Aphor. XXXII.

TIBI ACQVIRVNTVR) Ut vero omnis doctrina de accessione unica hac regula absolvitur; Accessorium sequitur suum principale; ita sigillatim in foetura juris est, ut partus sequatur ventrem.

## Aphor. XXXIII.

QVIA, VNDE VENIAT, NESCITVR) Et præterea æquitas naturalis suadet, ut iis relinquatur, quod per alluvionem agris eorum adjicitur, qui omni momento timere debent, ne fluminis vis de suo aliquid detrahat, & vicini agro adjiciat. Unde peccare, existimo, JCtos, qui alluvionem fisco adjudicant, nisi simul forsan Principi id consilii suppeditent, ut de oneribus, quæ agris imponi solent, pro rata aliquid remittat, si agris istis per fluminis vim aliquid decedit. Cæterum recte quoque, puto, Principem sibi id, quod agris adjectum est, vindicare, quando ager ipse limitibus circumscriptus est.

## Aphor. XXXIV.

NOBIS NON ACQVIRVNTVR) Atque ideo, quousque coalitio nondum facta, quod, quanto spatio fiat, ex rerum peritis quærendum est, datur incre-

incrementi patentis vindicatio, ad eum minimum finem, ut incrementum a vicini agro limitibus distinguatur. Interim tamen post coalitionem non plane excluditur prior dominus, sed rei solum vindicatione amplius uti nequit. Contra novum vero possessorem recte agit, ut præstet id, quod interest, incrementum domino priori abesse vid. BACCHOV. *ad* §. *XXI. J. de Rer. Divis.* UNGEPAVER. *Exerc. V. qu. VII.*

## Aphor. XXXV.

DE INSVLIS IN ELECT. SAXON.) Quod ad hunc attinet, Doctores Saxonici fere omnes uno ore consentiunt, insulas in fluminibus publicis natas privatorum esse, iis solum exceptis, quæ in Albi flumine nascuntur, vide præter Carpzovium adhuc ZIEGLERVM *de Jur. Majestat. Lib. II. cap. XV.* §. *XXVII.* BERGER. *Oec. Jur. p. m. 287.* WERNH. *P. V. obs. CXXXVIII.* Verum quam gravis mihi de hoc asserto enata sit dubitandi occasio, collige ex *Introd. in Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. II.* §. *XV. sq.* Tam clara enim in contrariam partem, quod nempe insulæ in fluminibus publicis enatæ fisco cedant, extant rescripta Electoralia, ut mirum omnino sit, quando Doctores in ea causa esse videmus, ut fisco hoc jus denegent.

## Aphor. XXXVII.

OBTINERE) Clara hanc in rem extat dispositio JVR. PROVINC. SAX. *Lib. II. art. LVI. in fin.* Neve cum THOMASIO *in Not. ad Instit. de Rer. Divis.* §. *XXII.* vocem Land, quæ ibi reperiur, de territorio explices, prohibent verba proxime

me præcedentia; Was das Wasser abnimmt dem Lande, das hat der verlohren, des das Land ist. Cæterum nil intereſt, ſive alveus naturaliter curſum ſuum mutaverit, ſive data opera exſiccatus fuerit. In utroque enim caſu diſpoſitio juris civilis locum habet *de* WERNH. *P. V. obſ. CXXXVII*

## Aphor. XXXIIX.

CUJUS ANTE FUIT) Aſt inundatio perpetua fundi ſpeciem mutat, efficitque, ut prior dominus dominium amittat *L. XXXIII. D. quib. mod. uſusfr. amittat:* Errant enim, qui textum ita explicant, tanquam effectus ſolum proprietatis, ſive exercitium amittatur, jus autem continuetur, ſiquidem textus perſpicue amiſſionem proprietatis loquitur. Ut autem aqua iterum diſcedente proprietas priori domino reſtituatur, rationis eſt.

## Aphor. XL.

NOVAM SPECIEM CONFICIT) Ergo minus recte ad ſpecificationem a Juſtiniano in §. *XXV. J. de Rer. Diviſ.* referuntur caſus, quando ex alienis uvis, olivis, & ſpicis vinum, oleum aut frumentum fit. Nam frumentum ex ſpicis excuſſum non eſt nova ſpecies, ſed tantum ſpecies detecta *L. VII. §. VII. D. de Acq. rer. dom.* Uvæ vero & olivæ lectæ, percipi cœptæ dicuntur, tum demum vero, quando coactæ ſunt, id eſt, vinum & oleum inde factum, perfecte collectæ nominantur in *L. LXXVIII. D. de Rei vind.* & ſic denuo vinum & oleum non eſt nova ſpecies. Diſſentiunt quidem VINNIUS *ad d. §. XXV. J. de rer. Diviſ.* & HUBER. *Prælect.*

*ad*

*ad eund. titul.* §. *XLIII.* & vinum atque oleum in aliam speciem transire ideo credunt, quia nomen mutant. Verum mutatio nominis sola novam speciem efficere non potest. Alias enim frumentum ex spicis excussum nova quoque species non posset non fieri, quod tamen fieri leges negant.

PRAEVALET FORMA) Hac distinctione adhibita altercationes Veterum JCtorum, ex quibus Sabiniani pro domino materiæ, Proculiani pro specificante pronunciabant, commode componi posse existimavit Justinianus *d.* §. *XXV. J. de Rer. Div.* Paulum secutus, qui in *L. XXIV. D. de Acq. rer. domin.* eandem viam ingreditur. Vereor autem, ne iniquitatem contineat hæc decisio, cum sæpe pretiosior possit esse opera, quam materia, maxime, cum in hanc non semper cadat pretium affectionis, vid. THOMASII *Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente cap. III.* § *XLI. sqq.*

## Aphor. XLIII.

CEDIT TOTI) Hoc itaque principio: Cujus est totum, ejus etiam est pars; innixi Veteres JCti, indistincte fere domino principalis accessorium quoque adjudicarunt, quamvis æquitati magis conforme sit, ut dispiciamus, anne res adjuncta a toto salva & integra separari, & domino suo restitui possit, v. c. si gemma aliena annulo meo inclusa sit. Nam hoc in casu rem separandam, dominoque restituendam esse, ipsæ leges Romanorum loqui videntur. vid. *L. VI. D. ad exhibend.*

FVRTI ACTIONEM & CONDICTIONEM FVRTIVAM) Res enim adjuncta videtur extincta, quia

quia in ſtatu priori non amplius extat, atque ſic vindicari nequit. Cave itaque exiſtimes, tanquam ad acquiſitionem dominii bona fides non requiratur, cum vindicatio hic domino priori denegetur. Nam illius diſpoſitionis ratio non in acquiſitione dominii rei furtim ſubtractæ collocanda, ſed inde potius deſumenda eſt, quia leges, rem amplius non extantem vindicari poſſe, negant.

## Aphor. XLIV.

COMMVNIO CONSTITVITVR) Imo & in poſteriori caſu, quando confuſio fortuito, vel altero ignorante, facta eſt, communio locum habet §. *XXVII. J. de Rer. diviſ.* Id tamen hic ſingulare eſt, quod confundens, ſi res alterius per confuſionem deteriorata ſit, hunc, ut partem accipiat, cogere nequeat, ſed potius damnum rei deterioris factæ præſtare debeat THOMASIVS *in Not. ad d.* §. *XXVII.*

## Aphor. XLVIII.

AD PRISTINAM CAVSAM REFERTVR) Vides hic uſum diſtinctionis dominii in civile, & naturale. Nam ædificans, ſive in bona, ſive in mala fide ſit, ſtante ædificio dominus materiæ eſt civilis, prioris materiæ domini dominium interim quieſcit, donec dirutum ſit ædificium, quo facto dominium ejus reviviſcit. Ratio hujus diſpoſitionis vero ex Legibus XII. Tabul. deſumenda eſt, quibus cavebatur, ne quis tignum alienum ædibus ſuis junctum eximere cogatur, ne urbs ruinis deformetur, maxime cum Reip. intereſſet, urbem ædibus ornari.

Aphor.

## Aphor. XLIX.

POTEST OBJICI CULPA) Imo & dolus, quem ideo Romani materiæ jactura puniendum voluerunt. Verum Auctor noster recte monet, posse & mala fide ædificantem de pretio materiæ & mercedibus fabrorum agere. Hoc enim non æquitati solum naturali convenit, qua cavetur, ne quis cum alterius damno fiat locupletior, sed jura etiam Romana sigillatim in *L. XXXVII. D. de Rei vindic.* permittunt ædificanti, ut ædificium diruere, & materiam vindicare possit. Quo igitur dominus soli hoc ædificantis jus inutile reddat, ædificiumque sibi conservet, aliud medium haut est comparatum, nisi pretium & mercedes restituat. Ex quibus constat, quod sententia Carpzovii contraria ab Auctore citata firmo haut innitatur fundamento.

## Aphor. L.

ILLIUS PERMANET, CUJUS FUERAT) Cujus distinctionis fundamentum ex principiis Stoicis derivandum est. Stoici enim existimabant, substantiam arboris per nutrimentum constitui, nutrimentum vero per radices attrahi. Hinc rationi consentaneum putabant JCti, eum esse plantæ dominum, ex cujus fundo succum nutricium attraheret.

## Aphor. LI.

IPSI SATISFACIAT) Et hoc, puto, in omnibus litibus dijudicandis, quæ de impensis ab eo, qui in alieno solo ædificavit, plantavit vel consevit, repetendis oriuntur, regulæ generalis instar servandum

dum esse, quod dominus soli non debeat locupletior fieri cum alterius, ejusve heredum damno. Hac enim ratione ipsa disceptatio de quæstione, quænam impensæ restituendæ sint, facile componitur. Certe necessarias dominus soli semper restituere debet, etiamsi prohibuerit, ne impenderentur. Deficiente prohibitione, de utilibus etiam respondere debet, *L. XL. Mand. L. ult. C. de negot. gest.* Voluptuarias vero ille, qui ædificat, plantat, suo periculo erogat, nec nisi facultatem tollendi habet. Sic vero ultra id, in quo dominus locupletior factus, nihil consequitur. Cessabit etiam jus repetendi, si res ipsa periit. add. tamen LEYSER. *Specim. CCCCXLVII. med. III.*

## Aphor. LII.

QVAE IN IIS SCRIPTA) Quæ decisio ideo nonnullis absona videtur, quia non in chartam sed in scripturam cadere solet pretium affectionis. Verum Romani satis causæ habuerunt, cur scripturam chartæ cedere statuerent, cum materiis paulo rarioribus, corticibus, tabulis eburneis, cereis, linteis inscriberent, charta, qua nostrates utuntur, destituti. Imo nullus dubito, quin Romani de illa veritate, scripturam sæpius rariorem esse charta, sufficienter edocti, ab ista regula, scripturam chartæ cedere, aliquando recesserint. Permittunt enim leges illi, qui in alienam chartam aliquid scripsi, ut actione in factum contra dominum chartæ experiri possit *L. III. & §. penult. D. ad exhibend.* hic vero dubio procul de isto casu cogitant,

tant, quando in scripturam magis, quam in chartam cadit pretium affectionis.

## Aphor. LIII.

PICTURA TABULAM AD SE TRAHAT) Utut enim non omnis pictura Apellis & Parrhasii artem præ se ferat, arti tamen pictoriæ generatim hoc videtur privilegium esse tributum, ut tabula picturæ cedat, maxime, cum pretium affectionis in hanc, non in illam, cadat. Quare etiam Justinianum, existimo, in §. *XXXIV. J. de Rer. Divis.* Apellis & Parrhasii picturam exempli solum loco posuisse, cæterum autem in ea causa fuisse, ut in favorem artis pictoriæ aliquid singulare statueret. Inde ubique pictori electionem concedit, utrum tabulæ pretium restituere, an domino tabulæ picturam, sub conditione pretii restituendi, relinquere velit.

## Aphor. LIV.

CUJUS CONDITIONIS SUNT FRUCTUS) Sunt enim alias vel naturales, iique in specie, quos absque magno impendio terra profert, vel industriales, qui operam aut impendium requirunt, vel civiles, qui non ex ipsa re, sed occasione rei proveniunt v. c. merces locationis. Hos omnes bonæ fidei possessor lucratur irrevocabiliter, modo sint percepti, a fundo separati & consumti. Pendentes vero & extantes, utut separatos, revocabiliter. Fingitur enim, tanquam bonæ fidei possessor sit dominus, donec verus dominus superveniat, & sic eousque fructus etiam suos facit. Ut vero rationis est,

N bonæ

bonæ fidei possessori, qui fructus lucratur, impensas non restitui, quippe quas cum fructibus compensare debet *L. XLVIII. & LXV. de Rei vindic. L. XVI. C. de Evičtion.* ita e contrario æquitati etiam naturali convenit, ut dominus superveniens, quatenus ipsi fructus cedunt, impensas restituat, cum fructus non intelligantur, nisi deductis impensis.

QVANTVM EX IIS EST LOCVPLETIOR FACTVS) Hic usus tamen vereor, ne, si Saxoniam spectes, cum jure patrio aperte pugnet. Certe tam clara in JVRE PROVINC. *L. II. art. XLIV.* extat dispositio, vi cujus bonæ fidei possessor absque ulla distinctione a restitutione fructuum, etiam extantium, liberatur, ut mirer, in alia ire potuisse interpretes. Et de ipsa Praxi in Saxonia, quæ bonæ fidei possessori omnes fructus perceptos adjudicat, testatur ZIEGLER. *de jur. majest. L. I. cap. XXXIII. § LXXXIII.* Imo vereor omnino, ne iste usus, quatenus bonæ fidei possessorem restitutione fructuum consumtorum, ex quibus locupletior factus est, onerat, analogiæ juris civilis contrarius sit. Quodsi enim pro vero domino habetur, donec alter, qui pinguius jus habet, superveniat, id ipsi omnino dandum erit, ut fructus, quæ tanquam dominus consumsit, lucretur, maxime cum idem consumtionis, qui usucapionis, sit effectus. *L. IV. §. XIX. de Usurpation.* Quare non dubito, quin JCtis Saxonicis cum WERNHERO *P. I. obs. CCCXVIII.* accedam, qui bonæ fidei possessorem a restitutione fructuum consumtorum liberant, cum & Jus Civile,

vile, ut dixi, idem suadeat, ceu legibus variis comprobat LEYSER. *Spec. XCIX. med. V.*

## Aphor. LV.

USUFRUCTUARIUS QUOQUE) Nempe pendentes usufructuario mortuo ad proprietarium transeunt de Jure Civili, deductis tamen impensis; perceptos heredes usufructuarii indistincte lucrantur, & quidem irrevocabiliter, quia usufructuarius voluntate domini fundum possederat, quod in bonæ fidei possessore secus erat. Huic enim cum domino circa fructus perceptos extantes concurrenti, dominus superveniens præferebatur. De jure Saxonico infra videbimus.

ITEM COLONUS) Est tamen quædam, eaque insignis, inter usufructuarium & colonum ratione juris percipiendi fructus differentia. Jus enim usufructuarii est personale, atque sic morte usufructuarii jus fructus ulterius percipiendi statim cessat. Ast jus coloni ex contractu est oriundum, & plerumque ad certum temporis spatium adstrictum. Ideo vero, colono ante finitum tempus locationi destinatum mortuo, jus fructus percipiendi ex contractu ad heredes coloni transmittitur §. *fin. J. de Location.*

## Aphor. LVI.

THESAURUM AD FISCUM PERTINERE) Hoc etiam Jure Germanico antiquo statutum esse, quidam colligunt ex JURE PROVINC. SAXON. *Lib. I. ad XXXV.* Ubi compilator ait: Alle Schätze unter der Erden begraben, tiefer denn

ein Pflug gehet, gehören zu der Königlichen Gewalt. Vereor autem, ne hæc verba de metallifodinis magis, quam de thesauris accipienda sint. Vocem enim begraben non defossum sed effossum significare, apte judicat BEYER. *Jur. German. L. II. cap. IV. posit. III.* Et Doctores Saxonici omnes uno fere ore fatentur, de metallis ibi sermonem esse. Ita ZOBELIUS *ad d. art. XXXV.* SIMON PISTORIS *Consil. IV. n. 7.* HEIGIUS *Lib. I. Qu. XIII. n 32.* RAUCHBAR. *P. I. Qu. XXII.* Ita etiam ipse Legislator Saxo per interpretationem authenticam in *Constit. LIII. P. II.* Quicquid sit, hodie in Saxonia sequimur Jus Civile, nec fisco jus in thesaurum inventum competit, nisi media illicita inventor adhibuerit. Sin licita in fundo proprio, totus inventori thesaurus cedit. In loco alieno inventus inventori non prodest, sed domino est restituendus, nisi casu fortuito inventus sit, siquidem tum dimidia pars jure inventionis inventori cedit. Et sic inventor, sive operam adhibuerit, sive casu in thesaurum inciderit, quantitatem ejus detegere debet, concurrente vero inficiatione, maxime si dolus adsit, & tortura locum habere, & pœna furti applicari potest.

## Aphor. LVII.

TRADITIONEM) Hanc inter modos acquirendi dominii naturales relatam esse a Justiniano ex §. *XL. J. de Rer. Divis.* constat. Nec abludit *L. XX. C. de pact.* Sed recte monet GROTIUS de *Jur. Belli & Pac. Lib. II. cap. VIII. §. XXV. & cap. XII. §. XV.* ibique ZIEGLERUS, omnem alie-

alienationem Jure Naturali ex sola voluntate domini efficaciam habere, præterque acceptantis consensum amplius quid non requiri, add. HUBERUM *Digression. Lib. IV. cap. VIII.* THOMASIUM *Jurispr. Div. Lib. II. cap. X. §. CLVI.* Quia vero animus alienandi clarius elucet, quando traditio accedit, gentibus placuit, ut ea in transferendo rerum dominio adhiberetur, maxime, cum Reipublicæ etiam intersit, ut dominia rerum sint certa, extraque dubium ponatur, cujus quisque fundus sit. Hinc defectus traditionis translationem dominii impedit, & ex pluribus unius rei emtoribus ille reliquis præfertur, cui res tradita est, utut ratione temporis & promissionis posterior sit, nec ab iis conveniri potest *L. XV. C. de Rei vindicat.*

REQUIRITUR ERGO) Præter hæc tamen requisita ab Auctore enumerata, Jura Germanica resignationem judicialem in alienatione bonorum immobilium olim desiderarunt, & antequam ea peracta sit, dominium transferri negarunt. JUS SAXON. *L. I. art. VIII. & LIX.* JUS SUEVIC. *art. CCCVIII.* JUS LUBEC. *P. III. Tit. VI. art. I.* Idque jus hodie adhuc in plerisque provinciis usu servari, nec Saxonibus proprium esse, probat LEYSER. *Spec. CCCCXLVI. med. III.* Cæterum omissa resignatione contractus non est nullus, sed emtor ad ejus implementum recte agit.

## Aphor. LVIII.

POTESTATEM TRANSFERENDI SEU ALIENANDI) Cui renunciasse non videtur, etiamsi alii rem jam promiserit. Nihilosecius enim, ut

diximus, ille, cui res traditur, verus rei dominus constituitur, modo tamen non sciat, rem alteri jam esse promissam. Tum enim fraudis fit particeps. Sicuti vero leges generatim decipientes beneficiis juris privant *L. X. §. III. quæ in fraud. cred.* ita & æquitas postulat, ut posteriori, cui res tradita, illo in casu præferatur ille, cui res solum promissa. BRVNNEMANN. *ad L. XV. C. de Rei vindic. n. 6.* BERGER. *Elect. Supplem. P. II. p. 216.*

VT HABEAT ANIMVM TRANSFERENDI) Nuda igitur traditio nihil operatur, nisi præcesserit titulus ad transferendum dominium habilis *L. XXXI. pr. de Acqu. rer. domin.* cum plures possint esse traditionis causæ absque animo dominium transferendi. Quare in tradente voluntas & cogitatio de dominio transmittendo, in acceptante cogitatio de dominio acquirendo adesse debet *L. LV. D. de Obligat. & Actionib.* Et sic etiam diversa cogitatio effectum transferendi dominii non habet. *L. XVIII. §. I. D. de reb. credit.* Quodsi vero uterque de dominii translatione cogitet, etsi in titulo translationis non conveniant invicem, dominium recte transfertur STRYCK *de jur. sensuum Diss. X. cap. IV. n. 30. sqq.*

ET ALTER REM ACCIPIAT) Haud itaque integrum est ei, cui res promissa, eam privata auctoritate occupare. Sed spolium committit, imo amissione juris sui punitur. *§. I J. de vi bonor. rapt. L. XIII. D. quod met. caus. L. VII. C. unde vi.*

SINE

SINE TRADITIONE ACQVIRATVR) Id generatim, si mores nostros spectes, juris est in successionibus JVS SVEVIC. *cap. CCLXIV.* JVS SAXON. PROVINC. *Lib. III. art. LXXXIII.* add. SCHILTER. *Exerc. XV. th. XIII.* Deinde Jure Magdeburgico traditione in transferendo rerum mobilium dominio non opus est, vid. ORDIN. POLIT. *cap. XXII.* §. *III.* Jure vero Romano dominium non generatim solum, quando hereditas defertur, ipso jure transit, sed etiam idem obtinet 1) in re legata *L. LXXX. de Legat. II.* 2) in fideicommissis *L. VI. C. quand. dies legat.* 3) in donationibus Ecclesiæ, piis locis vel civitatibus factis *L. XXI. C. de SS. Eccles.* 4) in re donata, usufructu retento *L. XXVIII. C. de donat.* 5) si donator sibi alimenta reservavit *L. I. C. de donat. sub mod.* 6) in societate omnium bonorum *L. I. §. I. D. pro socio* 7) si quis rem ex alia causa jam possideat, *§. XLIII. J. de Rer. Divis. L. XXI. D. de acquir. rer. domin.*

## Aphor. LIX.

FIDEM DE PRETIO EXPRESSE HABVERIT) Id est, consenserit, ut certus solutioni terminus præfigeretur. Neutro facto, pretio nimirum neque soluto, neque fide de eo habita, venditori integrum est, rem, tanquam suam, præsertim, si debitor bonis labatur, vindicare. Estque tale negotium inter mercatores admodum frequens, wenn sie die Waaren in Commiss geben.

## Aphor. LXI.

NUNC ALIO NOMINE POSSIDERE) Quod vocant constitutum possessorium. Eoque ipso creditor sibi maximopere consulere potest, quando ipsi hypotheca constituitur. In casum moræ enim, a debitore ratione solutionis commissæ, debitor rem, hypothecæ obnoxiam, non amplius suo, sed creditoris nomine possidet. Hac vero ratione constitutum, utut traditio non fiat, creditori actionem realem tribuit, WERNHER. *P. I. obs. CCLXXIII.*

LONGA MANU RES TRADITUR) Auctor hanc traditionis speciem fictis annumerat. Mallem vero ego non hanc solum, sed & symbolicam traditionem ad veras traditiones referre. Fingere enim est aliquid factum esse mente concipere, quod tamen non est factum. Ubi vero factum intercedit, ibi fictione non opus, neque illi locus est, cum veritas loquitur. In traditione vero longæ manus revera aliquid agitur, actusque intervenit traditionis, non quidem de manu in manum, nec per inductionem in fundum, sed tamen per demonstrationem, quæ loco traditionis est. HUBER. *Prælect. ad Just. tit. de Rer. Divis. pos. LVII.* Pari ratione in traditione symbolica aliquid agitur, quia analogum quoddam & signum intervenit, rem repræsentans, quod, rem traditam esse, significat. Nec otiosa est hæc observatio. Vexatissima enim inter Doctores ventilatur controversia, quisnam in concursu plurium rei cujusdam emtorum alteri præferatur, illene, cui res vere, an ille, cui ficte tradita est? Eamque quidem in favorem veræ traditionis

ditionis cum GOTHOFREDO *ad L. XV. C. de Rei vindic.* decidendam puto, etiamsi ficta traditio tempore prior sit. Cum iis vero neutiquam facio, qui & traditionem longæ manus & symbolicam illi, quæ de manu in manum, vel per inductionem in fundum facta est, postponunt.

REM REPRAESENTANTIA) Atque hac traditione majores nostri sibi adeo mirifice placuerunt, ut fere semper & ubique, quando de transferendo rei immobilis dominio sermo esset, signa adhiberent, rem repræsentantia, non rem ipsam traderent. Iste vero actus investitura vocari consuevit. Nec præcise, quod Romanis alias solenne erat *L. LXXIV. D. de contrah. emtion. L. I. §. XXI. de acquir. possess.* requirebant rei præsentiam, sed valida nihilosecius erat traditio, absente licet re facta. Quare etiam plerumque adhibebant signa, quæ cum ipsa re tradenda affinitatem aliquam habebant: Pertinet huc Scotatio, Effestucatio, Laisowerpum, traditio per stipulam, idque generis plura exempla, de quibus late egi in *Differt. de traditione symbolica.* Mansit hæc traditio in transferendis feudis in viridi observantia, superest etiam ejus usus in quibusdam locis, quando dominium rei immobilis allodialis traditur. Ipseque ille ritus, qui in executionibus, quæ contra debitores decernuntur, hodie adhuc adhibetur durch Aushauung eines Spans, ex institutis majorum nostrorum procul dubio derivandus est.

TRADITIONE CLAVIUM) Modo tamen, ut dixi, in conspectu rei fiat, in qua merces transferen-

dæ continentur, quippe quod leges præcise requirunt. Quamvis diffiteri nolim, pacto etiam effici posse, ut dominium, re licet extra conspectum posita, traditione clavium translatum censeatur, quod, quomodo caute fiat, docet STRYCK *Cautel. Contract. Sect. II. cap. VIII. §. XXII.* Cæterum ejusmodi traditionem clavium hodie in Saxonia eo in casu esse frequentem, quando fœmina geradam, retento usufructu, donat, ex *Constit. Elect. XIV. P. II.* discimus.

TRADITIONE INSTRVMENTI) antiqui nimirum, quod titulum continet, quo res ad venditorem pervenit *L. I. C. de donation.* Instrumentum enim super præsente contractu confectum eum effectum non habet, etiamsi venditor in illo, se rem tradere, declaraverit *L. XLVIII. de acquir. possess.* nisi forsan verba ita concepta sint, ut venditor declaret expresse, se mediante hoc instrumento rem emtori tradere STRYCK *loc. allegat.*

QVASI TRADITIO FIERI SOLET) Tum nimirum, quando emtor certam speciem signat. Nam in rebus mere fungibilibus, sive per aversionem, sive ad certam quantitatem venditis, signatio per se effectum traditionis non habet, cum alius ejus possit esse finis, v. c. ne vinum summutetur *L. I. §. II. D. de peric. & commod. rei vend.* Cæterum inter mercatores invaluit mos, ut signatio mercium involucro inclusarum, wenn sie besehen, gepackt und einballiret seyn, vicem traditionis habeat, simplex vero signatio ideo facta videatur, ut animum declaret signans, se velle circa has merces contrahere.

Aphor.

## Aphor. LXII.

MISSILIA JACTAT IN VULGUS) Eſt hæc antiquiſſima ambitus ſpecies, qua apud Romanos magiſtratus majores, noviter deſignati, ſigillatim Conſules atque Prætores, ſub auſpiciis muneris, diſtributione numorum viritim facta populi benevolentiam captarent, ceu præclare admodum docuit CICERO *in Lib. de petition. Conſulat.* Utilitate vero rei perſpecta non dubitarunt poſtea Imperatores, dum imperium auſpicabantur, quin conſuetudinem conſervarent, auramque popularem captarent, ſubſtituta in locum diſtributionis ſparſione miſſilium. Verum & permiſſu Imperatorum Conſules & Prætores jus hoc exercuiſſe, ex §. *XLIV. J. de Rer. Diviſ.* apparet. add. FABRI *Semeſtr. ad L. XX. D. de origin. Jur.*

REM PRO DERELICTO HABITAM) Fit enim talis res, quam Dominus ſibi amplius habere novult, res nullius, modo tamen de animo, quod quis rem dereliquerit, clare conſtet. Sola enim abjectio non ſufficit. Sed, ut derelinquens ſui juris, animique compos ſit, taleque factum vel non factum accedat, neceſſe eſt, ex quo ſeria voluntas, rem amplius non habendi, colligi poteſt. Hæc vero, ſi adſunt, dubium non eſt, quin res mobilis æque ac immobilis occupari poſſit, quam poſteriorem derelictionis ſpeciem late proſecutus eſt LEYSER. *Spec. CCCCXLIII.*

## Aphor. LXIII.

NON EO ANIMO ILLAS EJICI) Verum diſtinguendas eſſe res ejectas, exiſtimo. Earum enim in-

intuitu, quæ aqua non pereunt, animus quidem eas recuperandi conservari potest, cum experientia doceat, ejusmodi res per urinatores sæpius iterum extrahi. Quodsi vero res ejecta ejus naturæ sit, ut aqua non possit non perire, v. c. Saccharum, Sal, jactus vix esse poterit absque animo rem derelinquendi. Et de his procul dubio accipienda est *L. XLIII. §. XI. D. de furtis.*

Fvrtvm committit) Hodie jus bona naufragorum occupandi, ex antiqua Germanorum consuetudine fisco vindicatur. Quod improbat quidem Constit. Crimin. *art. CCXVIII.* Sed mansit tamen idem illud in locis præsertim maritimis septentrionalibus in viridi observantia, & sub voce des Strand-Rechts exercetur. Imo tantum abest, ut injuriam fieri naufragis per hanc occupationem credant, quin potius precibus publicis Deum implorare soleant, velit illi juri ex alto benedicere. Justitiam ejus defendendam suscepit Beyer. *Jur. German. Lib. II. cap. VI.* Cæterum, quamvis in Germania plerumque cesset occupatio istiusmodi bonorum, æquitatis tamen creditur, ut accolis littorum exsolvatur inventionis vel servationis præmium, Bergegeld, ne frustra naufragos eorumque bona perire patiantur. Idem *d. l.*

## Aphor. XLIV.

Nec ad inventores pertinent) Ut igitur dominus Rei vindicatione recte utitur, ita hoc singulare est, quod ei permittatur, fundum, quo res amissa continetur, ingredi, remque suam propria

pria auctoritate occupare, modo tamen domino fundi de damno ea occasione dato respondeat. BERGER *Oecon. Jur. p. m. 234.* Verum hoc in casu sine dubio erit præsupponendum, quod fundi dominus non contradicat ingressui & occupationi. Hanc enim contradictionem, si vilipendat dominus rei amissæ, hancque ipsam nihilosecius sua auctoritate occupet, actio de spolio locum omnino contra eum habebit.

TERTIA INVENTORI CEDIT) Imo & hæc inventori cedit præmii loco, si dominus rei amissæ eam sibi iterum vindicat, modo forensis sit. Sin res subditi sit, præmium cessat, certe recte non exigitur, utut oblatum sponte honeste accipiatur, vid. CARPZOV. *Pr. Crimin. P. II. qu. LXXXVI. n. 7.*

## Tit. II.

## De rebus corporalibus & incorporalibus; item mobilibus & immobilibus.

### Aphor. I.

SINT VEL CORPORALES VEL INCORPORALES) Totam hanc distinctionem ex Philosophia Stoica esse, præclare docet NOODTIUS *Probab. Lib II obs. III.* & HEINECCIUS *Antiqu. Roman. Lib. II. Tit. II.* JCti enim Stoicis principiis innutriti non satis habebant, ut ex doctrina morali Stoicorum dogmata ad sapientiam civilem transferrent, sed & Physiologicas eorum sen-

ſententias juris auctores ſuas feciſſe, ipſe demonſtravi in *Specimine Philoſoph. JCtor. Stoic. ex L. LXXVI. de Judiciis.* Quare mirum non eſt, quod & primam rerum omnium diſtinctionem in corporales & incorporales mutuo a Philoſophis ſumſerint, ipſasque definitiones harum rerum ſimul retinuerint, imo, teſte Pomponio in *L. XXX. D. de uſurpation.* omnem rerum corporalium diſtinctionem ad Jurisprudentiam applicaverint. Erat autem Stoicis corpus, quod tangi poteſt. SENECA *Epiſt. CVI.* ſive quod in ſenſus incurrit. Ea enim his Philoſophis ſedebat opinio, omnes ſenſus operationes ſuas edere mediante contactu. Sic vero non præciſe actum tangendi, ut corpus ab aliis diſtingueretur, deſiderabant, ſed potentia tangendi ſufficiebat, quodque in ſenſus per tactum incurrere poſſet. Confer. JACOB. THOMASIUM *in Diſſ. de ſexto ſenſu Stoicorum* ejus libello de Stoica mundi exuſtione adjecta. Quicquid itaque in ſenſus non incurrebat, id incorporale dicebant, nec exiſtere quidem, ſed intelligi ſolum credebant. Indeque erat, quod JCti res incorporales iis magis, quæ non eſſent, quam, quæ eſſent, annumerarent, ſervitutesque neque in bonis, neque extra bona eſſe dicerent *L. I. D. de Uſufr. legat.* ſiquidem proprie incorporalia res non ſunt, & ideo jurium nomen iis magis conveniat, fierique poſſit, ut una res diverſa ratione mox corporeis mox incorporeis reſpectu ad qualitatem rei cohærentem habito annumeretur, cujus rei exemplum dedit HEINECCIUS *d. l. §. III.* Quæ, cum ita ſint, facile patet, cur JCti

JCti ea, quæ de corporalibus proprie prædicabant, incorporalibus improprie ſolum tribuerent. Res enim incorporales proprie non poſſidentur, proprie non ſunt in dominio, proprie non tradi posſunt. Hinc ubique fictione opus, & quaſi poſſesſio, quaſi dominium, quaſi traditio excogitanda erat. HUBER. *Prælect. ad Inſtit. h. tit.*

## Aphor. II.

QUID DICENDUM SIT) Cum vero multum interſit in effectu inter res mobiles & immobiles, v. c. in uſucapione, præſtanda cautione, alienatione, ſucceſſione, pluribusque aliis juris noſtri argumentis, vid. BÖHMER. *Jus Digeſtor. tit. de rer. diviſ. §. XIV.* quam maxime neceſſarium eſt, ut res mobiles & immobiles ab invicem probe diſcernamus, imo optandum omnino, ut Legislatores ſua auctoritate diverſas interpretum ſententias componerent, quod in Saxonia factum eſſe, variis in medium allatis exemplis docui in *Introd. in Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. I. §. VIII. ſq.* In eo omnes conveniunt, res mobiles ſua natura tum tamen jure immobilium cenſendas eſſe, 1) quando acceſſoria ſunt fundi. Sic fructus pendentes pars fundi ſunt *L. XLIV. D. de Rei vindic.* & poſt perfectum jure contractum ad emtorem pertinent. *L. XIII. C. de action. emti.* Sic ſub voce ædium, tanquam ſub toto, omnes ædium partes comprehenduntur, & in emtorem transeunt, etiamſi nulla earum mentio facta ſit in contractu *L. XIX. de action. emti*, ut ſic venditor neceſſe habeat, clare exprimere, ſi quas acceſſiones eximere, ſibique re-

ſer-

ſervare cupit *L. XCIX. de Verb. obligat. L. XXXIX. de pact.* Sigillatim immobilibus II) annumerantur res mobiles, quæ perpetui uſus gratia ad rem immobilem ſunt deſtinatæ, quod noſtro idiomate ita exprimere ſolent, was Erd- Band- Wand- Nied- und Nagel- feſte iſt. Denique III) legislatores rei ſua natura mobili eum, quem res immobiles habent, tribuere aliquando ſolent effectum v. c. quando eum, qui tabernam inſtructam habet, eumque, qui ſalarium publicum percipit, a præſtatione cautionis judicialis liberant, eodemque jure hunc, quo poſſeſſorem bonorum immobilium, cenſent.

## Aphor. IV.

PER ANALOGIAM JURIS) Fit hoc extra ordinem & per modum exceptionis, quando diſtinctio rerum mobilium & immobilium rebus incorporalibus applicatur, cum proprie quies & motus de re incorporea prædicari nequeat. Habentur vero pro mobilibus vel immobilibus, & jura de his obvia ad jura extenduntur, I) quando qui de rebus ſuis diſponunt, ita generaliter loquuntur, ut, quamvis mobilium ſolum & immobilium mentionem faciant, intentio tamen eorum commode de juribus accipi poſſit. Eaque obſervatio præſertim uſum habet in quæſtione, an hypotheca generalis nomina quoque & jura complectatur. II) Quando rei mobili vel immobili inhærent III) Quando ratione rerum mobilium vel immobilium competunt. Sic v. c. rei mobilis vindicatio pro re mobili habetur. IV) Ratione quoque facultatis exigendi jura mox mobilibus mox immobilibus annumerantur, quod uſum habet in annuis reditibus.

Tit.

# Tit. III.
# De Servitutibus.
## Aphor. I.

PATI TENEATUR) Sunt igitur ſervitutes vel affirmativæ vel negativæ. Illæ, quando dominans facit, & ſerviens patitur. Hæ, quando nec dominans aliquid facit, ſed ſerviens, quod ſibi relictus facere potuiſſet, omittit vel non facit. Uſus in eo conſiſtit, quod affirmativæ non acquirantur, niſi exercitio & patientia, atque ideo quaſi traditio requiratur; Negativæ vero ſola permiſſione acquirantur. Cum enim hic neuter aliquid faciat, quaſi traditio per exercitium ex rei natura fieri nequit, & jus ideo reale ſtatim incipit, ſimulac ſerviens, ſe non facturum, promittit. Deinde etiam in negativis præſcriptio ſibi locum non vindicat, niſi alter prohibuerit, ne aliquid fiat, alter vero acquieverit in prohibitione. Antea enim res in arbitrio ſervientis poſita, & meræ facultatis erat, utrum facere an omittere vellet.

VEL NON FACERE) Sic vero ſervitus jure Romano nulla erat, eo fine comparata, ut ſerviens aliquid faceret. Nec opus eſt, ut ſervitutem oneris ferendi excipias, ac anomaliam quandam fingas. Quamvis enim leges ſervienti hic imponant obligationem parietem, quæ onus ſuſtinet, reficiendi *L. XXXIII. de ſervitut. prædior. urban. L. VIII. pr. ſi ſervit. vindic.* ea tamen obligatio eſſentiam ſervitutis non ingreditur, quia 1) plane abeſſe poteſt refectio ab hac ſervitute, forſan, ſi ad

O tempus

tempus constituta sit, & paries interim refectione non indigeat, 2) quia id non a natura servitutis dependet, ut paries reficiatur, sed servituti jam constitutæ supervenit. STRAVCH. *Diss. Justinian. diss. VII.* §. *XI.* ibique THOMASIVS. Nostri e contrario Germani hujus subtilitatis Juris Romani, quod servitus non esset, ubi quis faceret, nunquam tantam crediderunt esse efficaciam, quin servitutes sibi quoque constituerent in faciendo consistentes, jusque reale sibi eo fine acquirerent, ut possessor prædii, qua possessor, factum præstare deberet. Pertinet huc jus furni communis, jus bannarium molendinis quibusdam competens, jus operas exigendi patrimoniales, idque generis alia, de quibus præclare egit THOMASIVS *in Not. ad tit. J. de Servitutib. urban. prædior. & ad tit. D. de usufruct.* Præterea nostrates alias quoque Juris Romani subtilitates in argumento de servitutibus rident, iisque usum in foro neutiquam relinquunt, qua de re vide LEYSERVM *Spec. CVII. med. I.*

## Aphor. II.

IPSI PERSONAE OBVENIT) Hæque servitutes personales nominantur regulares. Sunt vero & ex realibus quædam ita comparatæ, ut personæ solum constituantur, v. c. servitus itineris, aquæhaustus, quæ ideo, quia ob illam determinationem naturam mutant, irregulares dici consueverunt. LAVTERB. *Colleg. Theor. Pract. tit. de servitutibus* §. *V.*

## Aphor. III.

ALIAE VRBANORVM) Solent etiam Doctores

res

res rusticorum prædiorum servitutes discontinuas, urbanorum continuas nominare. Illas ad sui exercitium factum hominis semper requirere, has se citra hominis factum, sola servitute prospectus excepta, semper exercere dicunt. Et eatenus tolerari potest hæc distinctio. Quod autem addunt Doctores, servitutes rusticas tanquam discontinuas esse inpræscriptibiles, nisi tempus immemoriale accesserit, id ex male intellecta *L. XIV. D. de servitutib.* fluit. In hac enim lege servitutes rusticæ non ideo ab usucapione immunes prædicantur, quia discontinuam causam habent. Sed vera ratio ea potius est, quia res incorporales & jura sunt, & sic usucapionem non admittunt. Hoc vero omnes servitutes tam urbanæ quam rusticæ commune habent. Proprie itaque, quamvis usucapi nequeant, possunt tamen quasi usucapi, maxime, postquam Lex Scribonia id sigillatim disposuit, ut quasi usucapio servitutum locum haberet. Ut autem Lex Scribonia nullam hic inter servitutes prædiorum urbanorum & rusticorum statuebat differentiam, ita falsissimum est, Romanos in d. Lege fuisse in ea causa, ut illas præscriptibiles, has inpræscriptibiles prædicarent. vid. SCHILTER. *Exerc. XVIII §. VII.* Interim falsa ista legis interpretatio adeo mirifice placuit nostratibus, ut summa etiam Tribunalia non dubitarint, quin usu practico eandem ipsam corroborarent. De Tribunali Wismariensi vid. MEVIUM *P. IX. Decis. CLXIV.* de Camera Imperii GAILIUM *Lib. II. Obs. LXVI. n. VII.* de moribus aliorum judiciorum STRYCKIUM *us. modern. tit. de servit. §. VI.*

VSVM RVSTICVM HABENT) Præclare enim docet COLVMELLA *de re rustic. Lib. I. cap. VI.* Romanos villas suas in tres ordinarie divisisse partes, urbanamque alteram constituisse, quæ habitationi inserviret, alteram rusticam, in qua villicus cum familia, ut & armenta & equi degerent, fructuariam denique, in qua horrea & cellæ penuariæ occurrerent. Sic igitur prædium urbanum & rusticum non locus, sed usus faciebat. Ea vero ratione prædium rusticum in urbe, & prædium urbanum ruri esse potest.

## Aphor. IV.

AMBVLANDI) Id est spatiandi voluptatis vel sanitatis gratia, ut recte explicat NOODT *Probab. Lib. I. cap. II.* Non itaque jus complectitur agendi pecus, aut ducendi vehiculum *L. I. d. de servitut. rustic. præd.* quamvis dominans sella, aut lectica vehi, aut eques commeare possit *L. VII. & XII. Eod.* Probe tamen hæc servitus itineris est distinguenda ab itinere, quod familiaritatis causa fit. Hoc enim, tanquam precarium revocabile est. *L. XV. §. II. de Precar.* Ne vero hæc beneficentia in servitutem degeneret, concedens sibi prospiciat, ut literæ reversales exhibeantur STRYCK. *de jur. familiar. cap. IV.* Cæterum iter jure servitutis constitutum trium pedum esse jubet Jus Saxonicum in WEICHBILD. *art. CXXIX.* quorum quilibet contineat semissem ulnæ eine halbe gemeine Elle, BERGER. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. III. §. V. n. 3.*

Aphor.

## Aphor. V.

JVMENTVM VEL VEHICVLVM) Jumenta ſunt animalia vehendis hominibus idonea, vehiculum eſt, quo perſona, non onus, vehitur. Non itaque, hac ſervitute conſtituta, licet vehiculum onuſtum agere *L. I. & XI. D. de ſervit. prædior. ruſticor.* Latitudo fuit quatuor pedum, ut obſervat MENAGIVS *Amoenit. Jur. Civil. cap. XXXVI.* Hæc ſervitus itaque regulariter ſervitutem itineris ſimul continet *L. LVIII. de Verbor. obligat.* Recte tamen monet BÖHMER. *Jur. Digeſtor. tit. de Servitut. præd. ruſtic.* §. *II.* poſſe & pacto ſervitutem itineris a ſervitute actus ſeparari, imo ipſam hanc ſervitutem dividi. Cujus intuitu actum in plenum & minus plenum diſtinguit.

## Aphor. VI.

LATITVDINEM) & altitudinem. Liberum enim ſpatium verſus cœlum ita patere debet, ut haſta erecta absque impedimento ferri poſſit *L. VII. pr. de Servitut. præd. ruſtic.* quod noſtrates ita explicant, daß ein beladen Fuder Heu paßiren kan. Quare dominanti etiam jus concedunt, ramos arborum propendentes amputandi, qui impedimento ſunt. Patet vero inde, ſervituti viæ ſervitutem itineris & actus ineſſe, adeo, ut ſi quis iter & actum acceptum tuliſſet, viæ quoque perimeretur obligatio *L. XIII. §. I. D. de acceptil.* Ut autem hæc lex de eo ſolum loquitur, quod ipſo jure fit, ita certe pactis omnino effici poteſt, ut iter & actus a via

 ſepa-

separetur. Clara hanc in rem extat dispositio *L. IV. §. I. D. si servitus vindicetur.*

## Aphor. VIII.

ET HODIE AD REGALIA PERTINET) Tu potius nota: triplex esse jus viarum publicarum. Alterum usum earum respicit, alterum reparationem, alterum denique jurisdictionem. BEYER. *Jur. German. Lib. II. cap. VIII.* Usus viæ publicæ omnibus patet, tamque late ideo patere debet via, ut currus currui cedere possit JVS PROVINC. SAXON. *Lib. II. art. LIX.* Onus reparandi viam, ac præcavendi, ne peregrinantes detrimenti quid capiant, superioris est, cui vectigal exsolvitur ZIEGLER. *de Jur. Majestat. Lib. II. cap. XVII. §. XII.* Jurisdictionem denique in viam publicam ratione criminum, quæ ibi committuntur, Principes sibi regulariter reservare solent IDEM *d. l. §. XXX. seqq.*

ADD. LAND-RECHT) Quocum etiam convenit JVS PROVINC. SVEVIC. *cap. CCXXXII.* hasque dispositiones in Saxonia usu servari testatur ZOBEL. *P. II. Diff. XLV. n. I.* add. etiam FELTMANNVM *Diff. de vehiculis sibi obviis.* Paulo aliter vero sese res habet, quando currus obvii sunt vehiculis postarum. His enim reliqui ex moribus Germaniæ indistincte cedere debent, minimum, si ita onusti sint, ut cedere nequeant, progredi ulterius jubentur, donec postarum vehiculum transierit. Ex his vero ipsis, si concurrant invicem, reliqui omnes cedunt currui, qui stata tempora vehendo servat; modo tamen ubique corniculum

prius

prius inflatum sit. vid. *Introd. in Jus Saxon. P. II. Ex. IX. §. XXIV.*

## Aphor. IX.

JVS AQVAE DVCENDAE) Eosque aquæductus, tam publicos, quam privatos fuisse constat. Erant vero Romani in iis exstruendis tam splendidi, tamque magnifici, ut ad prodigalitatem & luxuriam usque sumtus impenderent etiam privati, quibus volupe erat, euripos in tricliniis & cubiculis effodere, in quibus pisces inter coenandum caperent. Vid. SENECAM *Natur. Quæst. Lib. III. cap. XVII.* PLINIVM *Epistol. Lib. V. Epist. VI.* Hodie ob prædiorum nostrorum & Romanorum diversitatem servitus aquæductus in prædiis rusticis rarius usu venit. Frequentior est in prædiis urbanis, cumprimis in civitatibus, quibus aqua purior deest, ut sic opus habeant cives, eam ex locis remotis in utilitatem prædiorum ducendi. Quod, cum facile fieri nequeat, quin fistulæ & canales per fundum alienum ducantur, constituenda est servitus aquæducendæ. Imo hoc etiam in Germania singulare est, quod servitus hæc, quæ jure Romano individua erat, hodie sæpenumero dividatur, ita quidem, daß einem das gantze, halbe, oder Viertel Röhr-Wasser concedatur.

## Aphor. X.

FONTE VEL PVTEO) Cur vero non ex lacu vel stagno? Quia non adest causa perpetua, id est naturalis aptitudo ad perpetuam utilitatem præstandam. *L. XXVIII. D. de Servit. prædior. urban.*

Id enim ſervitutibus apud Romanos conſtitui ſolitis proprium erat, ut perpetuam haberent cauſam. Quare nec foramen proluendi pavimenti cauſa in vicini pariete haberi poſſe putabant. d. L. Verum hujus opinionis Auctor ſibi ipſi non ſatis conſtat, dum alibi in *L. IX. D. de ſervit. prædior. ruſtic.* aquæ hauſtum ex quocunque loco conſtitui poſſe aſſerit. Unde & nos hodie iſtam ſubtilitatem non ſequimur.

## Aphor. XII.

Ita constitutum habent) Verum ad id, ut dominus ſervientis prædii pecora ſua ſimul paſcat in locis, ubi ſervitus conceſſa, non opus videtur peculiari conſtitutione juris compaſcui, niſi eo effectu, ut idem jus paſcendi habeat, ac dominus prædii dominantis. Non enim prohibent leges, ne ſerviens, conſtituta alteri ſervitute, pecora ſua ſimul paſcat. Sed hæc facultas, ut reſtringatur ad eum caſum, quando paſtura utriusque pecoribus ſufficit, analogiæ juris & æquitati convenit. Alias enim cedere debet. Siquidem dominans ex jure ſervitutis conſtituto jus perfectum & quæſitum habet, quod ſerviens ipſi intervertere nequit. Et interverteret tamen, ſi pecora ſua, dum paſtura eſſet inſufficiens, ſimul paſceret. Nec aliud ex *L. XIII. §. I. D. Commun. prædior. & L. VI. C. de ſervitut.* ex quibus alias Doctores colligunt, ſervientem dominanti eſſe præferendum, ſi paſtura non ſufficeret, evincitur. Cuilibet enim has leges inſpicienti ſtatim patebit, nihil præſidii eas huic interpretationi afferre, longeque diverſos caſus ibi occurrere. Hoc

vero

vero rationis quoque esse videtur, ut serviens jure compascendi utatur, etiamsi illud per longissimum tempus non exercuerit. Cum enim id juris ipsi naturaliter competat, prius ab usu excludi non poterit, quam ipsa libertas naturalis sit usucapta *L. VI. pr. de Servit. prædior. urbanor.* hoc est, postquam dominans exercitium juris prohibuerit, serviensque in hac prohibitione acquieverit add. *L. XLV. D. de usurpat.* Berger. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. II. §. XXII. not. I.*

Jus compascui vocatur) Quam maxime enim differt jus compascui a jure pascendi. Non quidem in eo, ceu perhibere solent, quod in mera familiaritate & precario nitatur, quod semper revocabile sit, quod non aliam, quam immemorialem præscriptionem admittat. Jus familiaritatis enim eodem modo, ut servitus non præsumitur. Wernher. *P. VIII. obs. CCCLVIII.* Sed hæc potius est differentia, quod jure pascendi constituto dominus prædii servientis jure dominii pecora sua simul in fundo proprio pascere possit, jure compascui vero constituto idem jus jure communionis exerceat. Deinde quod servitus pascendi non præcise prædia dominantis & servientis vicina requirat, sed in uno agro esse possit, jus compascui vero in agris confinibus locum habeat, & mutuam in his servitutem requirat Carpzov. *P. II. Const. XLI. def. IX.* Mevius *P. V. Decis. CCLI. n. 8.* Quapropter, qui jure familiaritatis & in vim precarii jus compascui concedit, cautus sit, necesse est, ne probatio aliquando desit, neve pro jure

potius præſumatur. Quod facile evitabit, ſi literas reverſales ſibi exhiberi curet.

## Aphor. XIII.

LIGNANDI) Addere poteris jus habendi tuguriolum in alieno, jus temonis immittendi in fundum alienum, jus excutiendi frumentum in area aliena, jus uvæ exprimendæ in alieno, & ſexcenta alia jura. In ſolo enim domini arbitrio poſitum eſt, quid juris alteri in ſuo concedere velit.

# Tit. IV.

# De Servitutibus prædiorum urbanorum.

## Aphor. I.

TENETVR) Quod anomalum eſſe, cum Romani non haberent ſervitutes, in faciendo conſiſtentes, jam ſupra dixi, ſed ſimul, quid de hac anomalia ſentiam, expoſui. Putant tamen alii, qui alias nobiſcum ſentiunt, quod re ipſa anomalia quædam hic non occurrat, & plane accidentale, non naturale, ſervitutis oneris ferendi ſit, ut ſerviens parietem reficiat, eaque propter, idem illud pacto efficiendum eſſe, ſibi perſuadent, atque PAVLVM in *L. XXXIII de Servit. prædior. urban.* in partes ſuas vocant. Sed hanc argumentationem meam facere non poſſum, ſiquidem *d. L.* procul dubio explicanda eſt ex *L. VI. § II. D. ſi ſervit. vindicet.* Ex hac vero clare elucet, naturam ſervitutis onus reficiendi ingredi. Nec aliud loqui-

loquitur Paulus. Naturale enim esse ait, ut, qui onus ferre in proprio pariete consentit, in id quoque consentiat, ut parietem reficiat, quo servitus suum habeat effectum. Et sic, qui reficere novult, ut se pacto interveniente ab hoc onere liberet, necesse est. Cæterum essentia servitutis in eo solo consistit, ut serviens onus ferat.

## Aphor. III.

Projiciendi, protegendive) Quæ ita differunt. Ibi jus competit habendi partem ædificii supra aream vicini propendentem, nec in ædibus vicini requiescentem Ercker, Ausgebäude, Hic jus est tectum supra alterius aream ad avertendos imbres extendendi, Wetter-Dach. Utraque servitus documento est, posse aerem, utut res communis sit, in dominio privati esse, quatenus ejus territorium circumdat, adeoque alium prohiberi, ne ejus usum pro lubitu intercipiat.

## Aphor. IV.

Altius tollendi) Quam servitutem tum usum habere dicunt, quando quis statuto vel lege prohibetur, ne altius tollat, sed certam ædium mensuram servet, quale quid olim apud Romanos obtinuisse, ex *L. XI. de servit. prædior. urban. L. I. C. de servitut. L. I. C. de ædific. privat.* aliisque non obscure colligitur. Verum valde dubito, an, lege prohibitiva extante, in privati arbitrio positum sit jus concedendi, ut vicinus altius tollat, cum certe id privatis dari nequeat, ut legi prohibitivæ vim obligandi detrahant. Quare dubio procul casus est

est præsupponendus, quando ejusmodi lex favorem vicinorum respicit, ipsisque ideo integrum manet, utrum favori renunciare velint.

ALTIUS NON TOLLENDI) Quæ servitus proprie non luminum vel prospectus causa constituitur, sed ne liberior aer nobis intercipiatur. Inde ob favorem annonæ ipso jure talis servitus imposita erat apud Romanos, ne vicinus mihi ventum interciperet, quo ad secernendas paleas a frugibus indigebam *L. fin. C. de servitut.* ibique BRUNNEMANN. Cæterum viridaria supra altitudinem habere omnino licet, etiamsi luminibus officiatur, vel prospectus impediatur *L. XII. de servit. prædior. urban.* Quæ omnia secus, si servitus luminum aut prospectus sit constituta.

## Aphor. V.

SERVITUS LUMINUM) Qua non opus, quando quis fenestras in suo aperire, perque eas lumen cum conclavibus suis communicare constituit. Id enim, quousque lex non obstat, (quod JURE LUBECENSI fieri discimus ex *Lib. III. Tit. XII. art. XIII.*) naturaliter cuique facere licet, modo tamen fenestræ valvis careant, quoties versus vicini aream aperiuntur. Consuetudinis enim est, ut evitandi abusus causa fenestras quidem aperire, neutiquam vero fenestras apertas habere possim. Interim cum & vicino naturaliter liceat, ut fenestras, quas in meo habeo, obscurare possit, opus omnino est servitute, ne luminibus officiatur. Non itaque servitus, ne luminibus officiatur, ad id comparata est, ut servitus luminum conservetur, ceu erronee putat

putat DVARENVS *Disput. anniverſ. Lib. I. cap. XXXIII.* cum ſervitus luminum in alieno pariete conſtituta jam contineat alteram, ne luminibus officiatur, alias enim illa nullum haberet effectum; ſed eo tendit ſervitus iſta negativa, ut evitem obſcurationem luminum, quæ per proprium parietem ædes meas intrant.

LVMINA OBSCVRENTVR) Anne vero obſcuratio permiſſa, ſi ille, cui ſervitus eſt conſtituta, feneſtras prioribus inferiores aperiat? Reſponde: Niſi hoc ſpeciatim actum, ne luminibus, quæ nunc ſunt, officiatur, obſcuratio non licet *L. XXIII. pr. de ſervitut. prædior. urbanor.*

## Aphor. VII.

DECIDERE PATI DEBET) Non vero dominans demittere poteſt tectum, vel producere *L. XX. §. V. D. de ſervit. prædior. urbanor.* Rationem diſpoſitionis, quod demitti non poſſit ſtillicidium, nonnulli eam eſſe dicunt, quia pro ſtillicidio fieret flumen. Verum flumen & ſtillicidium non dijudicantur ex altitudine tecti, unde cadunt, ſed ad id potius reſpiciendum, utrum aqua e ſingulis tegulis per guttas cadat, an per canale collecta fluat. Et ſic certe, licet tectum demittatur, ex ſtillicidio non poteſt fieri flumen THOMASIVS *Diſſ. de ſervitut. ſtillicid. §. LXXXIV.* Vera itaque ratio ea potius eſt, quod per demiſſionem ſervientis fundus majori incommodo afficitur, quod in doctrina de ſervitutibus fieri poſſe leges negant, & generatim ubique extenſionem ſervitutis in præjudicium ſervientis prohibent, magisque interpreta-

tio-

tionem ſemper reſtrictivam adhiberi jubent. Eadem ratio eſt, cur dominans ſtillicidium non poſſit producere, & v. c. ſi ipſi competat jus ſtillicidii per tres pedes in vicini aream, tectum ita ædificare, ut ſtillicidium cadat per ſex pedes. Per productionem enim nunc ſtillicidium cadere incipit in majori parte prædii ſervientis, quam in qua poſita eſt ſervitus, & ita ſervitus ultra conventionem extenditur.

## Aphor. IX.

SERVITVS CLOACAE) Quæ tamen quam maxime differt a ſervitute latrinæ, cum ibi non liceat, urinam & excrementa ejicere, bene tamen hic. Latrinas enim, in quas purgamenta alvi dejiciuntur, quales nos habemus, Romani plane ignorant. PLINIVS *Hiſtor. Lib. XXXVI. cap. XV.* Cloacæ vero, ſive loci cavi, per quos colluvies fluit, ſtupendis ſumtibus a Tarquinio Priſco extructæ ſunt eo fine, ut ſordes urbis in Tiberim deducerentur LIVIVS *Lib. V. cap. ult.* Suntque ſine dubio earum reliquiæ cryptæ Romanæ, de quibus PAVLI ARINGHII & JACOBI BOSII *Roma ſubterranea* extat.

IN VICINI AREAM IMMITTIT) Anne itaque, cum hodie cloacas Romanorum ignorent noſtrates, latrinam in ſuo pro lubitu ædificare licet. Ita videtur, cum id naturalis libertatis ſit, in ſuo ædificare. Verum cum æquitati conveniat, ne ſub prætextu juris permiſſivi alteri reale damnum inferamus, placuit etiam majoribus noſtris, ut jus latrinam exſtruendi limitaretur. Voluerunt itaque

que latrinam a vicini fundo minimum tres pedes abesse. JVR. WEICHBILD. *art. XXII.* add. BERGER. *Oecon. Jur. p. m. 313.* In Provinciis vero, quæ jus Saxonicum non servant usu, *L. XIII. Finium regund.* in subsidium vocant, tantumque spatium inter latrinam & vicini fundum intercedere debere putant, quantum profunditatis habet latrina. CARPZOVIVS quidem *Decis. CVIII.* hoc sufficere existimat, ut latrina ita muniatur, ne humores in vicini fundum penetrare possint, sed rectius defendit STRYCK. *de jur. sens. Diss. V. cap. III. n. 19.* foetoris quoque habendam esse rationem. Plane, si extructa jam latrina appareat, eam vicini fundo damnum reale inferre, dominus cogi potest, ut illam iterum tollat *L. XVII. §. II. si servit. vindic.* LEYSER. *Spec. CVII. med. IV. sqq.*

## Tit. V.

## Communia prædiorum tam urbanorum quam rusticorum.

### Aphor. II.

QVAM IPSORVM DOMINIVM SVBSISTIT) Generatim, ut servitus perpetua, nec revocationi subsit, requiritur constituentem esse I) dominum, cujus jus dominii tempore non expirat. Alias enim in sui præjudicium solum servitutem constituit, ob regulam: Resoluto jure dantis, resolvitur quoque jus accipientis, II) dominum totius rei. Condominus in re communi servitutem non constituit *L. II. de Servitut. L. VI. §. I. Commun. prædior.* In re communi enim, quam

quam plures indivisam tenent, semper melior est ratio prohibentis, & unus, reliquis invitis, aliquid innovare, remque onerare nequit, III) dominum plenum, cui libera disponendi competit potestas. Quodsi enim tertio jus aliquod in re domini quaesitum est, id dominus nulla ratione intervertere nec alterius conditionem deteriorem efficere potest. Quare ne domino quidem haec facultas concedenda, ut in praejudicium usufructuarii servitutem constituat. Accedente vero ejus, qui jus in praedio habet, consensu constitutam servitutem subsistere, rationis est, & Legibus Romanis convenit. Clara enim adest *L. XVI. de usufr.* dispositio, & inde *L. XV. §. final. Eod.* emendanda, ceu probe observat BYNCKERSHOECK *Lib. I. obs. XI.*

PRAEDII DOMINANTIS DOMINUS) Imo potius Juris Romani principiis convenit, ut nemo servitutem acquirat, nisi sibi ipsi, *L. V. Commun. praed.* modo tamen simul sit dominus. Quod inde est, quia nemo alteri obligationem acquirere poterat. *§. XIX. J. de inutilib. stipulat.* In usufructuario autem, quod acquirere non posset servitutem, specialis haec adhuc ratio subest, quia restituere debebat praedium in eadem substantia, & sic ne melius quidem id reddere poterat. Sed hodie cum cesset ista subtilitas, nilque obstet, ne tertii etiam ignorantis commodum promoveamus, in acquirenda servitute ne opus quidem est, ut dominium praedii habeat acquirens, sed quicunque servitutem acquirit, ideo cum effectu acquirit, quia conditionem praedii meliorem facit, atque de jure

jure præsumitur, neminem dissensurum, in re, quæ utilitatem ipsi affert, add. SCHILTERUM *Exerc. XVIII. th. XXXV.*

## Aphor. III.

EX PRAEDIORUM CONTIGUITATE) Ita *L. VII. §. I. D. Commun. prædior.* explicant, indeque regulam generalem depromunt, in servitutibus prædia solum vicina, non vero contigua esse debere. Sed vereor valde, ne regula ita generaliter posita cum legibus non solum Romanis, sed etiam cum natura quarundum servitutum aperte pugnet. Utut enim eorum opinioni haud subscribam, qui JCtos Veteres semper & ubique contiguitatem prædiorum desiderasse autumant, in ea tamen illos fuisse causa video, ut servitutes prædiorum urbanorum primo & prædiorum rusticorum distinguerent, atque in his quidem, non vero semper in iis medium prædium servitutem impedire, statuerent. Certe de servitutibus prædiorum rusticorum clara lex extat in *L. VII. §. I. de Servitutib. prædior. rustic. L. V. §. I. Eod.* de prædiis vero urbanis conferri potest *L. I. de Servitut. prædior. urban.* & d. *L. VII. §. I. Commun. prædior.* Deinde servitutes prædiorum urbanorum sigillatim a se invicem distinxerunt, & mox medium prædium intercedere posse negarunt, mox affirmarunt. *d. L. I. de S. P. urb. L. XXXVIII. Eod.* Nam quædam servitutes v. c. oneris ferendi, tigni immittendi, ita natura sua sunt comparatæ, ut contiguitatem requirant. Quamvis vero JCti non adeo tenaces fuisse videntur principii, quin nonnunquam ser-

 vitutem

vitutem in rusticis prædiis non contiguis constitui posse putarent, ceu ex collatione legum allegatarum patet, nec ideo nostratibus vitio sit vertendum, quod ad contiguitatem præcise non respiciant, eam tamen ubique & hodie adesse debere, existimo, quando natura servitutum contiguitatem necessario requirit.

VTILITATEM CAPIAT EX PRAEDIO SERVIENTE) Quæ tamen amœnitatem & recreationem sub se complectitur *L. III. pr. D. de aqua quotidian.* Quale exemplum est in servitute prospectus. Ad id tamen, ut servitus prædialis ex amœnitate concessa oriatur, hæc ipsa prædii dominantis conditionem meliorem faciat necesse est. Alias enim, si personæ solum proficua sit, v. c. si spatiari, pomum decerpere, coenare in alieno conceditur, servitus personalis inde potius oritur *L. VIII. pr. de servitut.*

SIT CONTINVA ET PERPETVA) Tetigi jam supra hanc Juris Romani subtilitatem. Hoc solum addo, veteres, ut hoc requisitum ponerent extra dubium, ita esse argumentatos: Servitus est Jus. Jus operatur facultatem id quocunque tempore exercendi. Si vero causa servitutis non est perpetua, dominans illam facultatem non habet. Ergo causa servitutis, ut ipsa servitus, tanquam jus, debet esse perpetua. Sed vidit jam Prætor, hanc Philosophiam nimis subtilem esse, & ideo contra jus strictum servitutes temporales admisit. *L. IV. pr. D. de Servitut. add. L. IX. de Servit. prædior. rusticor. L. I. Commun. prædior.* Quid mirum

mirum igitur, nostra ætate veram esse servitutem, quæ causam perpetuam non habet.

## Aphor. IV.

Coincidit qvidem aliqvando) Id est, non requiritur, ut post promissionem sequatur quasi traditio, sed simulac promissio facta, jus reale incipit, adeoque ipsa promissio, quod quis facere nolit, est instar quasi traditionis, quia hæc per rerum naturam fieri nequit. Sunt vero & affirmativæ servitutes per ultimam voluntatem promissæ ita comparatæ, ut quasi traditio accedere non debeat, sed jus reale statim post mortem testatoris ipso jure incipiat *L. XIX. §. I. D. quemadmod. servitut, amittantur.* quod generale est in omnibus iis, quæ ultima voluntate acquiruntur. Est tamen hic aliqualis adhuc inter promissionem & acquisitionem differentia. Promissio enim acquisitionem tempore præcedit, illaque ne personale quidem jus, sed spem solum tribuit, donec morte confirmetur. Hac vero secuta jus perfectum oritur servitutem exercendi, modo heres hereditatem adeat.

## Aphor. VI.

Expressa domini concessione) Anne itaque ipso facto seu tacite? Minime. Nam, ut id nominatim agatur, quando servitus imponenda est, leges clare loquuntur *L. XXX. pr. de Servit. prædior. urbanor. L. VII. L. X. D. Commun. prædior.* Inde binis ædibus, quæ una contignatione teguntur, diversis legatis, servitus tigni immittendi

uni alterive constituta non videtur, sed tignum commune duorum vicinorum fit *L. XXXVI. de Servit. prædior. urbanor.* Pari ratione, si quis duas tabernas conjunctas habet, ita quidem, ut ex superiori in inferiorem ædificatum sit, easque deinde singulis legat, servitus tamen oneris ferendi non est constituta *L. I. D. de Servit. legat.*

Nec reqviritvr praecedens titvlvs) Inde tamen haud concludendum, tanquam in præscribendis servitutibus bona fide non sit opus, eave ratione, sive quis contra dominum sive contra non dominum præscribat, patientiam sufficere, sive præscribentem non vi, non clam, non precario possidere. Nam recte monet Leyser. *Spec. CX. med. IV.* in allegata *L. X. si servit. vindicetur*, sermonem esse de antiquo Jure Romano, siquidem Jvstinianvs in *L. XII. C. de præscript. long. tempor.* præscriptionem servitutum cum præscriptione rerum corporalium plane exæquavit, & ubique bonum initium desideravit. Quare necessitatem bonæ fidei recte urgent Wernher. *P. III. obs. LXXIII.* pluresque alii a Lavterbach. *Colleg. Pand. tit. de Servit. th. XIV.* citati. Cæterum nihil ratione præscriptionis inter servitutes rusticorum & urbanorum prædiorum intercedere differentiæ, jam supra docui. Argumentis vero eorum, qui in rusticorum prædiorum servitutibus præscribendis tempus immemoriale requirunt, satisfecerunt Wesembec. *ad tit. de servit.* §. *V.* Bacchov. *ad Treudler. Vol. I. Disp. XVII.* §. *I. lit. a.*

Tit.

## Tit. VI.
## De ipsa servitute constituta & inde oriente actione.

### Aphor. I.

SVO PRAEDIO VTILE EST) Non itaque ad necessitatem solum exercitium servitutis restringi potest, sed utilitatem etiam complectitur, modo tamen eo non extendat jus suum dominans, ut prædio servienti noceat. add. *L. XXIV. D. de Servitut. prædior. rustic.* Semper enim, ut diximus, ea in argumento de servitutibus capienda est interpretatio, ut prædium serviens minimo damno afficiatur.

SERVITVTEM AVTEM SERVITVTIS) Idest, ipsum jus suum alteri cedere, sibiq; alium, qui jus reale habeat, substituere nequit, quamdiu ipse prædium possidet, nec partem servitutis in alium derivare licet. Ast usum servitutis, jure penes dominantem manente, concedere potest, si servitus sit personalis, quod secus in servitute reali. Hæc enim prædio præstatur a prædio, adeoque in alium transferri nequit, qui non est dominus prædii.

### Aphor. II.

PERMITTENDVM) Probare itaque debet actor, I) servitutem sibi esse constitutam, das Befugniß, cum in eo positum sit fundamentum actionis *L. IX. C. de servitut.* II) turbationem alterius, quia facti est. Ita, si servitutem affirmativam vindicat. Sin negativam, vel promissionem, vel, dum in præscriptione se fundat, quia inter-

missio cujusdam facti per se est actus mere facultatis, prohibitionem præviam, alteriusque acquiescentiam. In utroque demum casu paratus quoque sit ad probandum, si reus id urgeat, dominium prædii dominantis, quamvis hic probationem anxie conquirere non debeat, si in possessione prædii sit constitutus *L. XVI. D. de exception.* Generatim enim, quando dominium incidenter probandum est, illud ex sola possessione justa probatur. Plane, si, qui servitutem sibi constitutam asserit, sit in quasi possessione ipsius servitutis, possessorium processum eligere, seque hoc ipso a probatione servitutis constitutæ liberare potest, cum probata quasi possessione in possessorio tuendus sit, STRYCK *Us. Mod. Dig. tit. si servit. vindic. th. I.*

## Aphor. V.

HAVT PROBARE TENETVR ACTOR) Sive reus in possessione servitutis sit, sive non. Nam possessio solum id operatur, ut reus tamdiu manutenendus sit, quamdiu petitorium non est discussum SCHILTER. *Exerc. XVIII. th. XXXVIII.* Sunt quidem multi, qui reo in possessione constituto actori probationem libertatis imponi debere putant, inter quos eminet MEVIVS *P. VIII. Decis. CCXCII.* BEYER. *Pos. ad Dig. tit. si servitut. vindic. pos III. sq.* Eamque suam sententiam in *L. VII. §. fin. D. de liberal. caus.* inniti credunt. Verum hæc lex de libertate personali concepta est, a qua ad libertatem prædiorum ob rationem diversitatis non valet consequentia. Cum enim semel introducta servitute homines vel liberi nascun-

nascantur vel servi, atque sic originaria detur servitus personalis, possessio certe liberi hominis, qui hucusque servitia præstitit, vincit præsumtionem libertatis. Ast prædia omnia ratione originis sunt libera, & sic possidenti adhuc præsumtio libertatis obstat. THOMASIVS *Diss. de onere probandi in actione negator. §. XX. & XXXI.* HERTIVS *de quasi possess. proband. Sect. II. §. I. seq.* Præterea vero, qui prædium liberum esse asserit, nil ait, quod probari queat. Accedit & hoc, quod inusitatum non sit, possessorem probare debere, quando actor in negativa se fundat. *L. XVI. D. de probat.* Interim, qui actione negatoria utitur, cautus sit I) ut statim alleget, quo jure rem suam possideat, idque sub ingressu litis statim demonstret, alias enim ipsi obstat exceptio præjudicialis nondum probati dominii, II) ut in simplici negatione persistat. Præterea enim, si simul aliquid asserit, probationem ejus suscipiat, necesse est.

VI AVT CLAM VTI) Hoc tamen in casu actori probandi onus incumbere, BERGERVS *de Vsu Action. rei persecutor. §. X.* in dubium vocat, & THOMASIVS *in diss. de onere probandi in action. negat. §. XXII. sqq.* simpliciter negat. Quam sententiam suam quoque facit LEYSER. *Specim. CIX. med. VIII.* Et certe, qui clandestinitatem allegat, nihil dicit, quod probare possit. Violentia vero adhibita, quamvis tum, si aperta sit, ostendi queat, ea tamen probata judicem nondum convincit, eum, qui vim adhibuit, injuste exercuisse servitutem, cum & vim pro conservando jure

adhibere licet. Verum si actor reum jure familiaritatis servitutem exercere dicat, vel ad precarium confugiat, diversam rationem esse credo. Non enim probari solum potest hoc assertum, sed probatum etiam ipsam servitutem prætensam evertit.

PROBANDA ERIT AB ACTORE) Caveat etiam actor, ne se fundet in quasi possessione libertatis, sed simpliciter magis ad libertatem provocet. Id enim qui facit, possessionem probare tenetur, quia possessio non præsumitur, sed semper facti, & animo atque corpore acquirenda est *L. VIII. D. de acquir. vel amittenda possess.* add. BERGER. *Resol Lauterbach. tit. de acq. vel amitt. possess.* ut & *Elect. Proc. Possess. th. X.* Existimat tamen WERNHER. *P. I. Obs. CCLXXIV.* posse judicem, cumprimis, si libello clausula salutaris adjecta sit, imprudentiæ actoris succurrere, atque ex æquitate libellum incongrue formatum perinde accipere, atque si actio negatoria instituta fuisset.

## Aphor. VI.

AD EA NEGANDA) Confessoria itaque actione recte utitur ille, cui vi privilegii aliquid a jure communi diversum conceditur, ut alterum ab ejusdem juris exercitio excludat. Negatoria utilis est, quando quis sibi aliquid singulare contra jus commune asserit, & sic aliorum libertatem naturalem turbat. Ut autem illa sine dubio cessat contra eum, cui simile privilegium concessit Princeps, quod eum facere posse rationis est, nisi forsan priori privilegiato ex conventione antecedente jus simul prohibendi indultum; ita hæc, nempe negatoria, tum

tum demum effectum habebit, quando ipsa libertas naturalis lege non est circumscripta. Sic frustra in Saxonia libertatem naturalem allegabit, qui jure braxandi ad usum propriæ familiæ utitur, a civitate contradicto, cui indistincte intra milliare jus prohibendi concessum, ne quis cerevisiam coquat. De quo ipso jure prohibendi, ejusque efficacia latius egi in *Introduct. ad Jus Saxon. P. I. Ex. IX. th. XXIV. sq.*

## Tit. VII.

## Quemadmodum servitutes amittantur.

### Aphor. I.

PER CONFUSIONEM) Sive consolidationem, quibus vocabulis JCti fere promiscue utuntur, quamvis confusio proprie de personalibus, consolidatio de realibus servitutibus prædicetur. Interest tamen, utrum consolidatio totius prædii intuitu, an pro parte solum fiat. Ibi enim tota servitus cessat, hic pro parte solum extinguitur *L. VIII. §. I. D. de servitut. L. XXX. D. de Servitut. prædior. rusticor.*

REVIVISCET SERVITUS) Quod intellige de eo casu, quando quis fundi dominium acquisivit ad tempus & revocabiliter, v. c. per dotis dationem, vel cum pacto de retrovendendo. Tum enim servitus non extinguitur, sed ejus exercitium saltem suspenditur *L. VII. D. de fund. dotal. L. XVIII. D. de servitut.* Dominio vero fundi in perpetuum acquisito ita extinguitur servitus, ut, subsecuta licet postea alienatione, nunquam tamen,

nisi denuo constituatur, iterum reviviscat. *L. XXX. D. de Servit. prædior. urbanor.*

## Aphor. II.

TOTUS SERVITUTIS LOCUS INTERIT) Quod secus est in servitutibus personalibus. In realibus itaque, quousque solum vel area remanet, servitutem salvam manere, ejusque exercitium saltem, donec res restituatur, suspendi dicunt. Quo ipso tamen, si recte divino, ipsa regula fere destruitur, cum vix talis interitus cogitari possit, quin aliquid residuum maneat. Adeoque non errant, qui regulam ipsam ad inundationem perpetuam restringunt. Posses tamen & hunc casum addere, quando ipsa fundi species per terræ motum evertitur.

## Aphor. III.

NECESSARIO IMPEDIATUR) Si nempe jus suum sibi non expresse reservaverit, & sic de contraria voluntate certo constet. Nec enim aliud ex *L. XVII. D. Commun. prædior.* conficitur. Qui enim animum suum non clare demonstrat, & tamen in fundo serviente quid fieri patitur, quod servitutem impedit, ille non potest non servitutem remittere. Rem exemplo illustrat LEYSER. *Spec. CX. med. 1.*

## Aphor. IV.

NON USUS FUIT) Ut vero usus non qualiscunque sufficit, ut servitus acquiratur & conservetur, sed in utente requiritur justa opinio, se suo jure uti. *L. XXV. D. quemadm. servitut. amitt.* Et sic etiam, qui alia aqua usus est, quam de qua in

in imponenda servitute agebatur, servitutem amittat. *L. XVIII. pr. Eod.* Ita e contrario omnis non usus non sufficit, ut servitus extinguatur. Sed hic effectus ut sequatur, usus I) in totum debet intermitti, ut sic, cui iter & actus constitutus, actum conservet, modo statuto tempore iverit *L. II. D. Eod.* aliud exemplum vide in *L. XVIII. de servit. præd. rustic.* II) Non usus debet esse voluntarius *L. XXXIV. §. I. Eod.*

Sibi libertatem pariter acquirat) Verum differentia, quod nonnullæ servitutes non usu amittantur, aliæ non, neutiquam quærenda est ex earum conditione extrinseca, tanquam aliæ sint urbanæ, aliæ rusticæ, sed ad ipsam potius earum naturam est respiciendum, ita quidem, ut illæ, quarum usus positus est in actu & exercitio ejus, cui debetur, amittantur non usu, illæ vero, quæ in sola ejus, qui debet easdem, patientia consistunt, ad sui amissionem præter non usum requirant adhuc factum domini prædii servientis, quod contrarium sit usui servitutis, & argumentum interruptæ patientiæ. Unde & fieri potest, ut ad amittendas servitutes prædiorum rusticorum solus non usus nil conferat. Conf. Thomasii *Diss. de Servitute stillicid.* §. *XXIII. sqq.* Berger. *Oecon. Jur. L. II. Tit. III.* §. *XXIII. n. 2.* Cæterum, quæ de non usu servitutum diximus, non eodem modo obtinent, quando quis, ubi servituti certus modus præfinitus, eadem abutitur. Nam contra eum, qui servitutem extendit, actio solum personalis competit, ad id, ut intra limites sese conti-

ti-

tineat, & damna data resarciat. Ille vero demum, qui plane aliud facit, quam in servitute est, amissione servitutis punitur *L. XI. pr. D. Quemadmod. servitut. amittant.* ibique BRVNNEMANN. add. HVBERVM, *Prælect. ad d. tit.* §. *VIII.*

## Aphor. V.

OB RESOLVTVM JVS CONCEDENTIS) Quod recte intelligunt de eo casu, quando jus concedentis per se resolvitur, siquidem ea jurium personalium est indoles, ut cum ipsa persona expirent, nec ideo, quas eorum intuitu possessor in se recepit obligationes, successorem stringant. Et sic etiam servitus a Vasallo feudo imposita, neque dominum directum neque agnatos tenet. *II. Feudor. VIII.* §. *I.* At, si ex libera voluntate, vel consentiente eo, qui constituenti servitutem succedit, res servituti obnoxia alienetur, fundus cum servitute transit.

## Tit. VIII.

## De Servitutibus personalibus, nimirum usufructu, usu & habitatione.

## Aphor. I.

USVSFRVCTVS, VSVS) Omnem inter duas has servitutes differentiam facili negotio ex nativa verborum uti, frui, significatione derivabis. Usus enim circumscribitur necessitate, fructus res etiam complectitur ad voluptatem comparatas. Quod luculenter demonstravit NOODT. *de Usufruct. Lib. I. cap. II.* elegansque eam in rem

rem locus SENECAE extat, qui in *tract. de vita beata cap. X.* ait: Tu voluptatem complecteris, ego compesco. Tu voluptate frueris, ego utor.

SALVA RERVM SVBSTANTIA) Sed hæc definitio ad rerum solum usumfructum, qui in rebus usu non consumtibilibus constituitur, applicari potest. Cum vero & detur quasi ususfructus in rebus fungibilibus, rectius dixeris, usumfructum esse jus utendi fruendi re aliena ex servitute. Erant vero, si verum usumfructum spectes, Romani adeo tenaces principii sui, usufructuarium substantiam salvam conservare debere, ut non eo nomine cavere solum deberet usufructuarius, sed & ne meliorem quidem fundum reddere, eique servitutem acquirere posset. Hoc itaque solum præcavebat, ne fundus fieret deterior, quem in finem, ut sartam tectamque conservaret rem, in locum demortuorum capitum in usufructu gregis ex fœtu submitteret, in usufructu horti vel vineæ in vinearum vel arborum demortuarum locum alias substitueret. A qua tamen subtilitate Germani semper fuerunt alieni. Hi enim usufructuario ab antiquis temporibus præter jus utendi fruendi id etiam concesserunt, ut, modo jus domini non interverteret, domini utilis jure frueretur, imo legem meliorationis fere ex ipsa ususfructus Germanici natura subiret. SCHILTER. *Ex. XVII.* Idque ipsum variis exemplis & rationibus probatum dedit BEYER. *Jur. German. L. II. cap. XX. per tot.* Indeque facile componi potest lis de definitione feudi, quod usumfructum esse ipsum Jus Longobardicum affirmat.

Aphor.

## Aphor. II.

VEL OFFICIO JUDICIS USUSFRUCTUS DEFERTUR) Sic itaque ususfructus vel lege vel facto hominis constituitur. Lex usumfructum vel in favorem cujusdam assignat, vel pœnæ loco proprietati substituit. Id in legibus Romanis factum fuisse patris intuitu, ut emolumenta ex bonis liberorum adventitiis percipiat, noto notius est. Eadem ratione Jus Germanicum marito usumfructum assignat in bonis uxoris paraphernalibus, tutori legitimo in bonis pupilli, imo & matri post mortem mariti in bonis liberorum Land-Recht *Lib. I. art. XI.* In pœnam deinde secundarum nuptiarum Jus Romanum matrem binubam usufructu rerum a priore conjuge relictarum contentam esse jubet *L. III. & Authent. Uxor. C. de secund. nupt.* Facto hominis constituitur a judice, si res præsertim communis commode dividi nequeat. *L. VI. §. I. de usufruct. L. XXII. §. III. Famil. erciscund.* Idque in omnibus servitutibus judici licet, ita quidem, ut ex officio servitutem prædialem constituat, si fundus forsan alicui alias inutilis fieret, *L. penult. D. si servit. vindic. L. XLIV. §. ult. de legat. I.* Æquitatem tamen ubique observare debet judex, ut ille, in cujus præjudicium servitus constituitur, indemnis præstetur. BRUNNEMANN *ad L. XVI. D. Famil. ercisc.* Imo in usufructu assignando id etiam consilii capere judici permittitur, ut eum alternative decernat, & illi qui altero anno proprietatem nudam habuit, altero usumfructum con-

concedat, quod vocant die Mutschierung. Privatus denique vel per conventionem vel per ultimam voluntatem usumfructum constituere potest. Ut vero ad effectum juris realis acquirendi quasi traditio conventionem sequatur, necesse est, cum e contrario, ubi judex constituit, sola adjudicatio eundem effectum habeat. §. *ult. J. de offic. judic.*

## Aphor. IV.

CORPORE SVO INTEGRAE) Levem tamen attritionem leges admittunt. Et sic non dubitant, quin verus vestimentorum sit ususfructus *L. XV. §. IV. D. de usufr. L. IX. §. II. D. usufruct. quemadm. caveat.* Distinguunt quidem nonnulli inter vestes quotidianas & festivas, & in his verum solum usumfructum admittunt, non in illis ob §. *II. J. de Usufr.* Sed, si ea, quæ de usufructu vestimentorum egregie disputat NOODTIVS *Probabil. Lib. II. cap. IV.* curatius pensites, distinctione illa haut videtur opus esse.

OMNIVM BONORVM USUSFRUCTVS CONSTITVI) Tali usufructu legato, utrum usufructuarius a creditoribus ob debita hereditaria conveniri possit, dubium oritur, cum usufructuarius tanquam legatarius in jura defuncti non succedat, atque ideo Doctores tantum non omnes creditores ad proprietarium ablegent. Verum hoc incivile esse & æquitati repugnare, ut proprietarius, qui nulla hactenus ex hereditate percepit emolumenta incommodo exsolvendi credita afficiatur, res ipsa docet. Rationi magis convenit, ut

ut usufructuarius tanquam possessor totius hereditatis solvat, ipsique concedatur facultas, finito usufructu deducendi id, quod solvit, ex corpore bonorum. Idque ipsum legibus & præjudicio firmat LEYSER *spec. CVI. med. II.*

## Aphor. VII.

EX IPSA RE, EJVSVE ACCESSIONE, SALVA SVBSTANTIA) Item, quae occasione rei percipiuntur, ut sic fructus civiles simul comprehendamus. Licet itaque usufructuarius, quae ex re vel occasione rei immediate non percipiuntur, sibi haut vindicet, adeoque nec thesaurum suum faciat, qui neque pro fundi parte haberi, neque fructibus annumerari potest, *arg. L. VII. §. XII. solut. matrim.* ut dubitem quoque, utrum jus competat usufructuario, usuras ex thesauro invento percipiendi, siquidem ille res est a fundo plane separata LAVTERBACH. *Diss. de thesaur. §. XVIII.* MÖLLER. *ad Const. Elect. Sax. LIII. P. II. n. 7.* utut pars thesauri usufructuario jure forsan inventionis cedat; Ad commoda vero ipsa ex re provenientia, quod attinet, nil omnino interest, utrum frequenter percipiantur, an rarius eveniant, v. c. laudemium, sed indistincte usufructuarius ea facit sua, VOETIVS *ad tit. D. de usufr.* §. *XXVII.* unde tritam illam de proventibus metallicis controversiam confici posse existimo. Cum enim omnino falsum sit, metalla non renasci, & tempus solum longius ad renascendum requiratur, dubium esse nequit, quin plenus metallifodinæ usufructus relin-

linquendus sit usufructuario, cum nec ususfructus sylvæ cæduæ usufructuario denegetur, etiamsi grandiores arbores longiori tempore ad renascendum opus habeant *L. IX. §. VII. de usufr.* add. HAHN *ad Wesenbec. d. tit.* LEYSER *sqec. CVI. med. VII.*

AN VERO ALTERI LOCARE) Non tamen jus ejus, qui exercitium ususfructus ab usufructuario in se derivari passus est, ultra vitam usufructuarii durat *L. VIII. §. II. de pericul. & commod. rei vend.* Quare nec jure retentionis utitur, licet vel maxime pignus ab usufructuario in re sibi constitui curaverit *arg. L. VI. pr. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Idque inde est, quia ususfructus ipse jus personale est, & cum usufructuario expirat.

## Aphor. VIII.

PERCIPIT AUTEM) Paucis tene regulam: Fructus percepti ab usufructuario statim transeunt ad heredes. Dicuntur autem percepti, simulac a fundo separati sunt, licet nondum collecti sint. Fructus non perceptos proprietarius acquirit, ita tamen, ut impensas quærendorum fructuum causa factas restituat. Et hic jure civili nulla inter industriales & naturales fructus est differentia. Sed in Saxonia hoc juris in naturalibus solum obtinet WERNHER. *P. V. Obs. XCV.* Quid circa industriales juris sit, ex Auctore constat.

## Aphor. IX.

JURE SAXONICO OBTINEAT) Mercedes

Q nempe

nempe ex prædiis rusticis locatis quod attinet, cedunt illæ heredibus usufructuarii, si hujus mors postea contingat, quam colonus agrum sevit, & rastro subegit. Sin secus, proprietarius percipit pensionem. Reditus vero ex prædiis urbanis locatis non transmittuntur, nisi postquam dies venit. Modo tamen dies adhuc veniat intra diem tricesimum post mortem usufructuarii, cedunt hujus heredibus CARPZOV. *P. III. Constit. XVI. def. VII. & Constit. XXXII. def. XIX.* add. HORNII *Diss. de die tricesimo.*

## Aphor. X.

QVAM IN QVEM COMPARATA EST) Paucis nota: Generatim ea licere usufructuario, quæ ad fructus melius percipiendos faciunt. In re ipsa, ex qua usumfructum percipit, nullum jus habet. Nam hanc ita semper conservare debet, ut maneat eadem res, fundique facies non mutetur. Sylva itaque utitur, ut maneat sylva *L. IX. in fin. & XI. sqq. de Usufr.* grege utitur, ut maneat grex *L. LXVIII. in fin. L. LXIX. L. LXXII. §. III. D. Eod.* Germanos vero usufructuarium tam arctis limitibus non circumscribere, jamjam dixi. Quare & faciem fundi, si melior ejus fiat conditio, omnino mutare potest.

CAVTIO EXIGITVR) Eo præsertim fine, ut res restituatur in eadem bonitate & qualitate. Indeque opus est aliquali bonorum consignatione, quo certius sit, quantum sit restituendum. BRVNNEMANN. ad *L. I. D. Usufr. quemadm. cav.* LYNCKER. *Diss. de Cantion. usufruct.* Cautio vero ipsa

ipsa ita comparata sit, ut securus fiat proprietarius. Quare realem olim desiderabant Leges. Verum in subsidium omnino admittenda est juratoria cautio, si modo cavens sit homo spectatæ fidei & probitatis. Quam ob rem judicis est inquirere in mores usufructuarii & deinde determinare, utrum admittendus sit ad juramentum, an potius res proprietario, vel tertio, præstita cautione, tradi, lexque illis de exsolvenda certa pensione, vel præstandis reditibus injungi debeat AVTHENT. *generaliter C. de SS. Eccles.* Interim tamen hæc cautio non est de substantia ususfructus, sed ejus naturale solum, I) quia ususfructus ante eam subsistit *L. V. §. I. usufr. quemadm. caveat.* II) quia quibusdam personis remittitur, quod generatim fit, quando lex usumfructum alicui assignat. Lege vero tacente unice a proprietarii, eorumque, quorum alias interest, arbitrio dependet, velintne cautionem præcise præstari, an eam remittere *L. I. C. de usufr.* Nam ne testator quidem eam cum effectu remittit *L. VII. C. ut in possess. legat.* SCHILTER. *Ex. XVII. §. LXV.* Sive vero lex, sive proprietarius cautionem remittat, ubique tamen præsupponitur, usufructuarium boni viri arbitratu uti. Quodsi itaque bona postea dilapidare incipiat, cautio recte urgetur, cum & hoc in argumento clausula subintelligatur rebus sic stantibus.

## Aphor. XI.

OMNEM REI CVRAM SVSCIPERE) Quæ vero suscipitur cura, vel respicit conservationem substantiæ, vel percipiendos fructus. Illius fundamen-

mentum est obligatio usufructuarii, vi cujus rem in eadem qualitate & bonitate restituere debet. Hujus ratio in æquitate naturali nititur, cum rationis sit, ut eum sequantur incommoda, qui habet commodum, atque usufructuarius, dum finem, nempe perceptionem fructuum intendit, non possit non & media velle, sine quibus finem obtinere nequit. vid. *L. LII. D. de Usufr.* MEVIUM *P. VIII. Decis. CCLX.* Quodsi tamen usufructuarius sentiat, plus oneris, quam commodi ex usufructu redundare, potest ille ex permissu legum ipsum usumfructum derelinquere *L. XLVIII. pr. L. LXIV. sqq. Eod.*

IPSOS FRUCTUS EXSUPERANTIA) Quæ limitatio, utut satis æqua sit, non tamen videtur prius proprietario onus tributa exsolvendi incumbere, quam appareat, usumfructum plane esse inutilem futurum. Sic vero, quod vult tamen ZIEGLERUS *de Jur. Majest. L. II. c. III. §. XXXVII.* in computationem excessus non fructus solum & onera unius anni sunt referenda, sed potius ad reditus omnium annorum, per quos ususfructus duravit, erit respiciendum, argumento a conductore desumto, qui sterilitatem unius anni cum ubertate alterius anni compensare debet.

## Aphor. XII.

UT CAUTIO PRAESTETUR) Quæ ipsa in locum proprietatis succedit, & essentiam ipsius quasi ususfructus constituit. Cum enim *§. II. J. De Usufr. L. II. D. de usufruct. ear. rer.* plenam de re dispositionem usufructuario concedat,

dat, hicque ideo dominus rei fiat *L. VII. Eod.* certe proprietas omnis fieret inutilis, nisi mediante cautione conservaretur, ob quam fingitur, rem esse perpetuam. Quare, salvo negotio, ne quidem a proprietario remitti potest. Non enim posset non, cautione remissa, negotium in contractum mutui degenerare.

## Aphor. XIII.

Commodvm tantvm qvotidianvm et necessarivm) Sic itaque usus necessitate circumscribitur, in qua tamen dijudicanda ad dignitatem usuarii est respiciendum, & familiam *L. II. §. I. L. IV. §. I. L. XII. & XV. de usu & habit.* Eoque temperamento adhibito & naturales & industriales fructus percipit, & impensas etiam pro rata fert, sive in rem ipsam, sive ob fructuum perceptionem fiant, modo deducto eo, quod ad necessitatem pertinet, aliquid residuum sit, quod proprietario accrescat. Sin secus, usuarius solus fert onera *L. XVIII. D. de Usu & habitatione.* Ut tamen usuarius ipse percipiat, necesse est. Nam usum alteri concedi nequit *L. VIII. L. XI. Eod.* cum certe, si hoc facit, satis indicat, quod ipse usu carere commode possit. Quodsi vero usus alias esset inutilis, vel conditio usuarii id postulet, leges eum alteri concedere permittunt *L. XII. §. IV. penult. pr. Eod.* Minus itaque esse in usu, quam in usufructu satis constat. Nec ideo absurdum est, in una eademque re alterum usumfructum habere, alterum usum Hvber. *P. II. Digress. Lib. II. cap. XVI.* ibique Thomasivs.

## Aphor. XIV.

PERCIPIMUS) Complectitur itaque habitatio jus omnem utilitatem ex alienis ædibus ratione habitationis percipiendi, nec interest, sive quis ipse inhabitet ædes, sive aliis habitationem concedat. Et in eo sese satis distinguit ab usu ædium. Hic enim, cum necessitate circumscribatur, jus percipiendi utilitatem ex concessione alteri facta excludit, & usuarium, ut ipse inhabitet, obligat. Sic vero etiam constat, plus esse in usufructu ædium. Nam hic jus quoque complectitur reliquam utilitatem ex ædibus, quatenus habitationi non inserviunt, v. c. ex cellis, ex tabernis, percipiendi. Est tamen in Germania peculiare habitationis jus, quod viduæ nobili ex lege peculiari in prædio defuncti mariti competit, idque cum usu ædium fere coincidit, cum locari tertio nequeat, verum ab eo tamen differt, quia partim integras ædes non afficit, partim secundis nuptiis exspirat. BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 1458.* Cæterum hoc in habitationis jure singulare est, quod neque capitis diminutione, neque non usu exspiret, quamvis ratio in *L. X. D. de capit. diminut.* tanquam in facto magis, quam in jure consistat, vix genuina videatur. Ut servitus enim in jure consistit. Et, si ad factum habitationis respicias, reliquæ etiam servitutes personales non poterunt non in facto quoque consistere.

## Aphor. XVIII.

MORTE EJUS, CUI USUSFRUCTUS CONCEDITUR) Hoc vero non ad essentialia ususfructus

ctus pertinere, sed ad naturalia solum negotii spectare, inde patet, quia pacto mutari potest *L. XXXVIII. §. XII. de verbor. obligat. L. XIV. C. de Usufruct.* Nil itaque obstat, ne in heredes quoque pacto interveniente devolvatur. Quodsi tamen heredibus simpliciter est concessus, ultra heredes primi gradus non durat. Id quod omnia jura personalia commune habent. *L. XIV. C. de Usufruct.* add. WERNHER. *P. I. Obs. CCLXXI.* Hoc singulare est, quod Jure Romano usufructus filiofamilias constitutus non nisi post mortem patris & filii expiret *L. fin. C. Eod.* quod sine dubio a fictione unitatis, quæ patrem inter & filium intercedebat, & a perpetuitate Patriæ Potestatis est derivandum. Qua de causa vereor, ne hæc Juris Romani doctrina incongrue in foris nostris applicetur, cum utraque ratio cesset. Distinguunt tamen alii, & filio, antequam e Patris domo exiit, mortuo, patri usumfructum relinquunt, cum filio vero post separatæ oeconomiæ institutionem e vivis decedente usumfructum expirare existimant. Hoc etiam postremo loco addamus necesse est, usumfructum personæ mysticæ, sive universitati constitutum spatio centum annorum *L. LVI. de usufruct. L. XXI. quib. mod. usufr. amitt.* vel dissoluta universitate *d. L. XXI.* finiri. Videtur autem dissoluta universitas, quando solo aratrum superinductum est, de quo ritu confer FABRI *Semestr. capp. prior.*

## Aphor. XIX.

NON VTENDO) & quidem in totum. Qui enim

enim parte ſolum non utitur, partem ſolum amittit *L. XXV. quib. mod. uſusfr. amitt.* Deinde etiam requiritur, ut per alium non uſus quis ſit uſufructu *L. XII. §. II. in fin. L. XXXVIII. de Uſufruct.* Cæterum nil intereſt, ſive uſusfructus in re mobili, ſive in re immobili ſit conſtitutus. *L. XIII. C. de Servitut.* Imo nec intereſſe aliquid dicunt, ſive de uſufructu jam conſtituto, ſive de promiſſo tantum ſermo ſit, ut nempe, qui poſteriori caſu actione perſonali non utatur, lapſu decem vel viginti annorum excludatur. Eamque ſententiam receptam quidem ait BRUNNEMANN. ad *L. XVI. D. quib. mod. uſusfruct. amitt.* Utrum vero ex ipſa lege allegata probari poſſit, de eo videant ipſi ſingularis opinionis defenſores.

## Aphor. XX.

VSQVE DVM VIVIT CEDENS, TRANSLATA) Quæ late hic diſputat Auctor, omnia eo redeunt, quod extraneo cedendo uſumfructum nihil agatur, non tamen amittatur uſusfructus, ſed ſuo tempore, poſt mortem nempe proprietarii vel aliis ex cauſis, quæ amiſſionem uſusfructus operantur, ad proprietarium revertatur.

# Tit. IX.

# De Uſucapionibus & Præſcriptionibus.

## Aphor. I.

USVCAPIO ET PRAESCRIPTIO) Quas voces hodie, poſtquam Juſtinianus in *L. ult. C. de uſucap. transformand.* præſcriptionis, (quæ & longa poſſeſſione capio in *L. IV.*

*L. IV. fin. D. pro emt. L. ult. Eod.* & longæ possessionis prærogativa in *L. V. D. de itinere actuque privat.* vocatur) naturam in usucapionem transformavit, promiscue usurpare solemus. Ut autem lex allegata differentiam solum inter usucapionem & longi temporis præscriptionem sustulit, ita olim utramque speciem quam maxime diversam fuisse ex iis patet, quæ ex RAEVARDI *Tribon. VIII. sqq.* docuit HEINECCIUS *Antiquit. Roman. Lib. II. Tit. VI. §. VIII. sq.* Erat enim usucapio ex Legibus XII. Tabularum, præscriptio partim ex edictis, partim ex novis legibus. Illa exiguo tempore absolvebatur, annali nempe vel biennali, hæc longius tempus desiderabat. *pr. J. de usucap.* Illa nullum inter absentes præsentesque agnoscebat discrimen, bene tamen hæc. Illa ad immobilia solum in Italico solo sita, hæc ad provinciales solum fundos pertinebat.

## Aphor. II.

OB PUBLICAM UTILITATEM EST INTRODUCTA) Non itaque dubito, quin præscriptio in se spectata in jure Naturali fundata sit, cum ille, qui de juribus suis per longum tempus non est sollicitus, non possit non in eam incidere suspicionem, quod ea dereliquerit, & facto ipso in eorum alienationem consenserit. Quod Paulus etiam JCtus loquitur in *L. XXVIII. pr. de verbor. signif.* add. BOECLERUM *ad Grotium Lib. II. cap. IV.* Praeterea finis omnis præscriptionis est tranquillitas publica, quam certitudine dominiorum promoveri, incertitudine

periculo exponi, cognitu haut est difficile. Verum probe tamen discernendam existimo præscriptionem, qua gentes invicem utuntur, ab ea, quæ privatis nocet. Illa enim unice ex præsumta rei derelictione derivanda est, resque, quam alter non curat, alteri jure occupationis merito cedit. Hujus vero fundamentum est poena negligentiæ, quam, qui per longum tempus jura sua non persequitur, committit. Quod ab aliis quidem in dubium vocari video: Verum ideo nihil muto. Nam vel inde, præscriptionem inter privatos receptam poenæ vices ob negligentiam subire, cognosci potest, quia præscriptio & illi currit, qui legitimo modo eam non interpellavit, illi vero non currit, qui silentii justas causas allegare potest. Hoc minimum quilibet dabit, requisita præscriptionis inter privatos ad præscriptionem inter gentes neutiquam desiderari. Quod ipsum quoque documento est, noluisse legislatores re sua quenquam privari, nisi eum, cui culpa imputari possit. Rem egit THOMASIUS *Jurispr. divin. Lib. II. cap. X. §. CXCII. sqq.*

## Aphor. IV.

IN USUCAPIONEM TRANSFORMAVIT) Quo in argumento, numne Justinianus actum egerit, collige ex iis, quæ ex RAEVARDO sua fecit HEINECCIUS *loc. allegat.* Cæterum cum usucapione præscriptio solum longi temporis æquiparata est, eo fine, ut in utraque eadem requisita adessent, nulla inter res mobiles & immobiles,

biles, differentia intercederet, tempus idem ubique observaretur, idemque effectus ex utraque produceretur, atque sic in Jtalia omnique terra, quæ Romano imperio gubernaretur, dominia rerum per usucapionem æque ac longi temporis præscriptionem acquirerentur *§. I. J. de Usucapion.* Ab utraque tamen adhuc hodie differt præscriptio longissimi temporis, quæ jure Codicis demum introducta. Nam illæ sunt modi acquirendi dominium civiles, hæc non modus acquirendi dominium est, sed exceptionem solum parit, quæ alterius actionem excludit. Illæ semper requirunt justum titulum, quod in hac iterum secus. Postremo res vitiosæ neque usucapi neque longo tempore præscribi poterant, bene tamen longissimo tempore. Supplet enim omnes defectus, nec disputandum de bona fide, justo titulo, sed sufficit temporis lapsum probare, qui ideo sufficere videtur, quia lapsu 30. annorum omnes actiones, etiam perpetuæ, excluduntur. Præscribuntur itaque res, quas ipse antecessor præscribere non potuit, vel ob deficientem titulum, vel ob antecessoris malam fidem, vel etiam propter vitium reale. Quamvis vero ex lapsu temporis titulus & bona fides præsumatur, eorumque probationem possessor suscipere non debeat, exceptio tamen præscriptionis non excludit replicam malæ fidei. Hanc enim, si dominus probare possit, præscriptio ipsa inefficax redditur BERGER. *Oecon. Jur. p. m. 263.* Quo ipso præscriptio longissimi temporis satis perspicue iterum

rum a præſcriptione immemoriali ſeſe diſtinguit; quippe quæ præſumtionem juris & de jure operatur, rem legitime eſſe acquiſitam, omnemque probationem in contrarium excludit. Quamvis enim hic iterum quosdam in ea cauſa eſſe videam, ut probationem malæ fidei domino reſervent, nego tamen, eam præſcriptionem, cujus malum initium demonſtrari poteſt, eſſe immemorialem. Qui enim fieri poteſt, ut res memoriam excedere dicatur, de cujus initio vel per teſtes, vel per documenta conſtat. Et ſic demum ea eſt immemorialis præſcriptio, cujus initium nemini notum eſt. Unde conſequitur, per rerum naturam probationem malæ fidei ceſſare.

PRAESCRIPTIO IMMEMORIALIS) Eſt hujus ſedes in *L. XXVIII. de Probat.* & *L. II. §. VIII. de aqu. & aqu. pluv.* Ex iis vero, quæ antea diximus, commode ita definitur, quod ſit illa, quando de principio acquiſitæ poſſeſſionis nihil conſtat. Quod enim alii dicunt, tum adeſſe hanc præſcriptionem, quando nemo adeſt, qui rem in alio, quam in quo nunc eſt, ſtatu vidit, nec id ex aliis audivit, id rem nondum conficit. Poſſunt enim teſtes deficere, qui initii notitiam habent, & documenta tamen ad manus eſſe, ex quibus de principio acquiſitæ poſſeſſionis conſtat. Eaque, ſi malum initium loquuntur, præſcriptioni, quæ ratione deficientis notitiæ a teſtibus requiſitæ immemorialis eſt, nihiloſecius obſtabunt, cumprimis, quia exceptioni vel replicæ malæ fidei nunquam præſcribitur, nemoque titulum poſſeſſionis ſibi mutare

tare potest *L. II. C. de præscript. XXX. vel XL. annor. L. VIII. C. de usufr.* Cæterum ad probandam præscriptionem immemorialem id omnino sufficit, quod testes senes adsint, affirmantes, se rem in alio, quam quo nunc est, statu, nunquam vidisse, nec aliud ex aliis audivisse. Sola negatio non sufficit, nec rem conficit testimonium de auditu solum exhibitum. MYNSINGER. *Cent. I. Obs. XXX.* CARPZOV. *P. I. Const. XVI. def. LXXIV.* OCKEL. *de Præscript. immemor. cap. XII. §. II.*

## Aphor. VI.

POSTERIORIS GENERIS EST) Pertinent huc generatim præscriptiones actionum, maxime personalium, sive perpetuæ sint, sive temporales, sive civiles sint, sive prætoriæ, sive interesse privatum, sive interesse publicum respiciant. His omnibus enim leges certum suum ita assignarunt terminum, ut, qui eum præterlabi sinat, ipsa actionis amissione ex eo solo puniatur. Solent Doctores hoc argumentum, quantumque spatium cuilibet actioni præfinitum sit, occasione tituli Pandectarum de diversis temporalibus præscriptionibus late pertractare, quos exscribere nolo. Non possum tamen non vexatissimæ illius quæstionis mentionem injicere, numne hodie, postquam Jus Canonicum in *c. fin. X. de præscription.* bonam fidem in præscribente præcise requisivit, detur ejusmodi præscriptio, quæ in solo temporis lapsu innititur? Non desunt certe, qui negant, quique actiones etiam perso-

nales

nales ſub regula illa generali comprehendunt, inter quos eminent BRUNNEMANN *ad L. I. D. de diverſ. & tempor. præſcript. n. 61.* MEVIUS *ad Jus Lubecenſ. Lib. I. Tit. VIII. §. XIX.* MYNSINGER. *Cent. IV. obſ. VI. n. 3. ſq.* LEYSER *ſpec. CCCCLV. med. VIII.* ſed nec deſunt, qui affirmativam defendunt, ex quibus nominare ſufficiat COCCEJUM in *Diſſ. de finib. bonæ fidei in præſcript.* BERGER. *Diſſ. de jure & æquit. cap. fin. X. de præſcript.* MENCKEN *Diſſ. an requiratur bona fides in præſcript. action. perſonal.* WERNHER *P. I. Obſ. CLXXXIII. & Supplem. Vol. III. p. 670. Vol. VII. p. 185.* Sed, ut & ego dicam, quid ſentiam, & illi, qui indiſtincte actiones perſonales temporis lapſu expirare ajunt, & illi, qui nullam actionem absque bona fide præſcriptioni ſubeſſe aſſerunt, rectam viam non ingrediuntur. Id certo certius eſt, Pontificem præſupponere poſſeſſionem rei alienæ tanquam ſuam. Eam itaque, qui ita ſciens poſſidet, in mala, eum, qui ignorans ita poſſidet, in bona fide eſſe aſſerit. Quam ejus mentem clare colligere licet, non ex dicto ſolum capitulo, ſed & ſigillatim ex *c. V. X. de præſcript. & c. II. de Reg. Jur. in 6to.* Dari vero perplures actiones perſonales contra eos, qui rem alienam poſſident, actio commodati, depoſiti, pignoratitia directa ſatis teſtantur. Hæ itaque, quo fundamento a regula eximi poſſint, non video. Sed actiones perſonales ad quantitatem conſequendam comparatas, quod attinet, his certe, quia contra debitorem inſtituuntur,

tur, ut de suo solvat, definitio malæ fidei applicari nequit. Et sic quoque dispositionem Juris Canonici ad ejusmodi actiones applicari non posse, existimo, add. BÖHMER. *Jur. Eccl. Protest. L. II. Tit. XXVI. §. LIV. sqq.* Cæterum hæc ipsa controversia actiones personales perpetuas solum respicit, quæ triginta annos durant. De reliquis temporalibus dubium non est, quin solo temporis lapsu expirent.

## Aphor. VIII.

PROPTER REI VITIUM) Romani totam usucapionis materiam Juri Attico debent. Cum itaque rerum furtivarum usucapionem intuitu furis solum detestaretur, nec quin tertius rei furtivæ possessor usucapione dominium earum acquireret, ullibi interdiceret, secuta est postea Lex Attinia, vi cujus vitium cum ipsa re in quemvis possessorem transibat, ut prius usucapi non posset, quam in potestatem domini reversa esset, vel vere, vel ficte, id est, præstita ejus æstimatione, modo tamen sciret dominus, rem suam esse, siquidem in ignorantis domini potestatem res non videbatur reversa *L. IV. §. XII. de usurpation. & usucapion.* Id postea etiam per L. Juliam & Plautiam ad res etiam vi ereptas applicatum est *L. XXXIII. §. II. D. Eod.* Probe tamen discernendum est ab his vitiis realibus violentiæ & furti, vitium personale, si quis clandestine vel precario possidet. Quamvis enim in eo conveniant, quod primus possessor, quia malum initium adest, nunquam usucapiat, imo ne longissimo quidem tempore præscribat, tertius tamen

men possessor, qui ipse est in bona fide, usucapionem, non obstante clandestinitate vel precario, recte inchoat ex sua persona, & complet, *L. V. pr. D. de divers. tempor. præscript.* ibique BRUNNEMANN. add. AUTH. *malæ fidei C. de præscript. longiss. temp.* cum e contrario rei furtivæ & vi ereptæ usucapio nec intuitu tertii possessoris procedat, sed talis res longissimo solum tempore præscribi possit. Conf. BRUNNEMANN. *ad L. XI. C. de acquir. & retin. possess.* LUDOVICI *Diss. de vitio reali & personali.* Jura tamen statutaria nonnunquam breviori spatio res furtivas præscribi permittunt, quale exemplum de equo furtim subrepto occurrit in JUR. LUBEC. *L. IV. tit. I. art. III.* Sed confer etiam MEVIUM *ad d. l. n. 3.* STRYCK. *Us. Modern. L. XIII. tit. I. §. VIII.*

RES MINORUM) Addere possumus res quoque dotales, & bona adventitia liberorum, a marito vel patre illegitime alienata. Nec enim uxori, nec liberis præscriptio, quæ tamen & hoc in casu tricennalis esse debet AUTHENTIC. *Nisi tricennale C. de bon. matern.* prius currit, quam ab eo tempore, quo matrimonium, vel patria potestas soluta fuit.

## Aphor. IX.

IN OPINIONE) Malunt alii bonam fidem negative magis, quam affirmative definire, ut non tam in opinione, quam in ignorantia consistat, rem esse alienam, & alii in rem a me possessam jus esse. BERGER. *Oec. Jur. p. 243. n. 4. pag. 253. §. 21.* TITIUS *Jur. privat. Lib. II. cap. IX. §. XVI.*

Nec

Nec respuunt hunc conceptum leges Romanæ *L. CIX. de Verb. Signif. L. XLII. de Reg. Jur.* Verum, cum & fieri possit, ut quis sciat, rem esse alienam & tamen in bona fide sit, quod sigillatim in eo procedit, qui sciens rem alienam possidet, quam tamen putat consentiente domino possidere *§. VII. J. de Obligation. quæ ex del. L. XLVI. §. VII. de furt.* ut & in eo, qui sciens rem, vetante quidem jure, sed auctore Prætore possidet *L. CXXXVII. de Regul. jur. L. XI. de acquir. vel amittend. possess.* mallem ego, ne exceptionibus in affirmativa vel negativa bonæ fidei definitione opus sit, utramque definitionem conjungere, atque ita bonam fidem definire, ut & opinionem, se esse dominum, & ignorantiam, alium esse dominum, sub se comprehendat. Ignorantiam tamen facti magis quam juris hic subintelligendam esse, vel inde patet, quod ignorantia juris acquirere volentibus semper nocet *L. VII. de jur. & fact. ignor.* Idque etiam loquitur PAVLVS *L. II. §. XV. D. pro emtor.* quamvis excuset juris error, ut quis non habeatur pro prædone, & ab obligatione fructus percipiendos restituendi liberetur, teste VLPIANO *L. XXV. §. IX. de heredit. petit.* Ut sic nulla inter hos textus intercedat pugna.

QVOD VSV OBSERVARI TRADIT) Atque ideo per integrum tempus usucapionis bona fides adesse debet, malaque fides superveniens præscriptionem vitiat, quousque nondum est completa. Post completam enim usucapionem superveniens usucapionem non rescindit FRANZKIVS *Lib. III.*

*Resp. XIII. n. 16.* BERGER. *Oecon. Jur. p. 261. n. 6.* Æquitatem interim & justitiam Juris Canonici multi sunt, qui defendunt, dum Paulum Apostolum *Rom. XIV. 29.* quem præsidem opinionis suæ in partes vocat Pontifex, in eo esse putant, ut non tam de fide salvifica, quam de certa persuasione verba faciat, actumque dubia & scrupulosa conscientia susceptum non in se quidem peccaminosum, ideo tamen peccaminosum statuat, quia non ex certa persuasione suscipitur. Quicquid tamen sit, facile patet, istam Pontificis nimiam subtilitatem non omnem tantum usucapionem reddere inutilem, cum vix forsan reperiatur usucapiens, quin per totum tempus usucapioni destinatum semel dubitaverit de certitudine dominii sui, sed etiam litibus variis occasionem dare, & fundamentum præscriptionis, ut dominia rerum sint certa, evertere BÖHMER. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. XXVI. §. LII.* add. COCCEJUM *Diss. de finib. bonæ & malæ fidei.* Quare dispositio Juris Canonici & usucapionis vigor alia ratione simul stare non possunt, nisi inter scientiam supervenientem dubiam, & certam, vel indubitatis, vel ex verosimilibus minimum argumentis, quæ, rem a nobis possessam alienam esse indicant, oriundam eo fine distinguamus, ut hæc quidem, neutiquam vero illa, usucapioni obstet.

PROBANDA ERIT) Rem sic cape: Bona fides præsumitur, ita quidem, ut nec tituli probatione opus sit in præscriptione longissimi temporis. In usucapione & longi temporis præscriptione titulus

tulus probari debet, indeque ad bonam fidem argumentum fit, si prius alter, rem ad se pertinuisse, probaverit.

## Aphor. X.

HABILIS AD TRANSFERENDUM DOMINIUM) Tales sunt, qui sigillatim in *Lib. XLI. Tit. IV. Digest. sqq.* recensentur, nempe pro soluto, pro emtore, pro legato, pro donato, pro dote, pro derelicto, pro adjudicato, transacto, permutato, imo etiam pro suo. De quo posteriori hoc solum addo, quod vel generalis sit, quatenus cum reliquis enumeratis concurrit, cum &, qui emit, qui ex donato possidet, pro suo possideat, vel specialis, quando alia justa possessionis causa deest. Tum enim, modo res nullius fuerit, vel ego putaverim, rem, quam occupo, rem nullius esse, id sufficit, ut pro meo possideam ECCOLD. *ad Dig. tit. pro suo. §. I.* Deinde occasione tituli pro derelicto hoc moneo, eo tum demum opus esse, quando non dominus rem dereliquit *L. IV. pro derelicto.* Res a domino derelicta ne usucapione quidem demum acquiri debet, sed statim ab apprehendente acquiritur, si mobilis est *§. XLVII. J. de Rer. divis. L. V. §. I. pro derelict.* Sin immobilis, dominus prior elapso biennio excluditur. *L. VIII. C. de omni agro desert.* Porro, cum præscriptio longissimi temporis vel plurium annorum nullum desideret titulum *L. VIII. §. I. C. de præscript. XXX. vel XL. annor. L. XI. in fin. C. unde vi*, solus temporis lapsus hic instar tituli est. In servitutibus denique præscribendis dominantis exer-

citium, & servientis patientia tituli vices sustinet, quod alibi jam diximus.

Error etiam) Id est, titulus putativus, quando justa putandi causa subest, eaque ex facto alieno, non vero ex errore juris resultet. Sic heres, rem defuncto commodatam aut locatam, existimans, hereditariam esse, conditionem usucapiendi recte transfert. *§. IV. J. de usucap.* Idem judicium esto de procuratore, qui rem, quam commodato accepit, a se emtam esse asserit *L. XXVII. de usurpat. & usucap. L. XI. D. pro emto.*

## Aphor. XI.

De titulo pro herede) Ut verbo omnia complectar. Pro herede titulus novus & peculiaris non est titulus, sed heres titulum solum defuncti continuat, ita quidem, ut, si defunctus e. c. pro emto possederit, & heres pro emto possideat. Sin pro locato, nec heres alio titulo rem habeat. Indeque est, quod bona fides defuncti heredi prosit, etiamsi hic de Jure Romano, quo bona fides ab initio solum requirebatur, in mala fide sit, quodque mala fides heredi, qui in omnia vitia personalia defuncti succedit, noceat, etiamsi heres sit in bona fide. Ita clare disponit *§. XII. J. de usucapion.* Quamvis vero heres usucapionem, quæ justum initium non habuit, continuare nequeat, ex sua tamen persona, si ipse in bona fide est, utut errorem committat, usucapionem recte inchoat.

## Aphor. XIII.

Illius temporis continuatio) Quomodo tempora a successore universali continuentur,

tur, ex antea dictis constat. De successore singulari ita tene. Emtori mala venditoris fides non nocet, si ipse ex sua persona usucapionem impleat *L. V. D. de divers. temp. præscript.* Emtori bona venditoris fides non prodest, nisi ipse sit in bona fide *L. II. §. XVII. pro emtor.* Tempora denique inter utrumque conjunguntur, si uterque bona fide possideat *L. XIII. §. I. D. de acqv. possess. L. II. §. XX. pro emtor. L. LXXVI. §. I. D. de contrah. emtion.* add. *Commentar. ad Constit. omiss. Manip. II. obs. II.*

## Aphor. XIV.

Prioris generis praescriptioni locus est) Generatim defectus usucapionis supplet intuitu tertii rei bonæ fidei possessoris, qui rem ab eo habet, qui ipse ob defectum vel tituli, vel bonæ fidei, vel habilitatis objecti, præscribere non poterat. Sic heres præscribit ex sua persona rem a defuncto absque titulo possessam. Eadem ratione res commodata, vel deposita, quæ intuitu commodantis vel depositarii præscriptioni non suberat, a tertio bonæ fidei possessore præscribitur. Idem judicium est de re vitiosa, quam alius bona fide accepit. Ipse vero fur vel malæ fidei possessor nunquam præscribit. *Nov. CXIX. cap. VII. L. XI. in fin. C. unde vi.* Et illi, qui cum Carpzovio *P. II. Const. III. def. XVI.* ipsum furem præscriptione hac securum esse defendunt, graviter falluntur, cum Jus Romanum utique bonum in præscribente initium absolute requirat, prohibeatque, ne quis sibi ipsi titulum possessionis mutet *L. VIII. C. de*

*Usufr. L. II. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* Consentit CONSTIT. CRIMIN. *art. CIX.* quam ne de praescriptione longi temporis tantum accipiamus, ipsa praescriptionis indoles clare docet.

## Aphor. XVI.

RES FISCALES) Fisco plene jam acquisitas. Nondum acquisita sive vacantia, quae nullum heredem habent, quadriennio post nuntiationem fisco factam, si nondum nunciata, decennio praescribuntur, modo immobilia sint, mobilia vero triennio *L. XVIII. D. de usurpat. & usucapion. L. I. C. de quadrienn. praescript.* ibique BRUNNEMANN. Plane, qui a fisco rem ex justa causa accipit, statim securus fit, & domino vel illi, cui jus reale in re competit, intra quadriennium adversus fiscum datur regressus *L. II. C. de quadrienn. praescript.* modo fiscus in alienatione legitime processit. Dixi late in *Comment. ad Constit. omiss. Manip. II. Obs. III.*

NEC NON PATRIMONIALES) An & bona domanialia? Ita videtur nonnullis. Qui, ne quid dissimulem, praesidium aliquod opinionis in Jure Romano inveniunt, sed non adeo grave. Nam ut noto notius est, Romanis bona domanialia fuisse incognita, ita certe regula generalis, quae de praescriptione bonorum Principis in *L. III. C. de quadrienn. praescript.* occurrit, non statim applicanda est ad bona domanialia, quae in effectu a reliquis bonis Principis patrimonialibus & fiscalibus, quam maxime differunt. Haec Princeps, qua privatus, vel qua Princeps habet jure quasi proprio *L. II. §. IV. ne quid in loc. publ.* Domanialia

non

non ut propria, sed jure usufructuario magis possidet, cum partem territorii constituant ad id destinatam, ut ex reditibus Princeps alimenta capiat. Ipsa itaque horum bonorum natura ex intentione destinantium satis indicat, quod ad eorum classem sint referenda, quorum alienatio & privata acquisitio est interdicta. Sic vero regulæ etiam subsunt, quæ præscriptionem immemorialem requirit. *Cap. I. de Præscript. in 6to.* add. *Cap. XXXIII. X. de Jurejurand.*

ECCLESIARVM ET ALIORVM PIORVM LOCORVM) Posteriorum intuitu lex specialis deficit, solent tamen Doctores a rebus civitatis tanquam minus favorabilibus ad illas, ut magis favorabiles, concludere. Quod vero Ecclesiastica bona attinet, cum eorum causa NOVELL. *CXXXI. cap. VI.* regulam generalem constituat, quod quadraginta annorum præscriptio Ecclesiis solum opponi possit, dubium non est, quin ad feuda etiam Ecclesiastica applicanda sit. LYNCKER. *Analect. ad Struvii Syntagm. Jur. feudal. cap. VIII. aph. XII. n.3.* HORN. *Jurispr. feud. C. XI. §. IV.* Idem judicium esto de bonis dotalibus Ecclesiæ, quæ ad sustentationem clericorum perpetuam destinata sunt. Eo lubentius enim hoc in argumento accedo LEYSERO, qui contra exemtionem horum bonorum a præscriptione ex professo disputat *Spec. CCCCLIX. med. I. seq.* quo certius est, Jus Canonicum præscriptionem quadraginta annorum in omnibus bonis Ecclesiasticis stabilire, nullamque exceptionem a regula, præter eam, quæ in favorem Ecclesiæ Ro-

manæ, non nisi per præscriptionem centenariam possessionibus suis privandæ, tendit, ullibi occurrere, vid *C. XIII. X. de præscript. C. II. de Præscription. in 6to.* Generatim vero privilegium Ecclesiæ ratione præscriptionis 40. annorum cessat, tempusque longissimum ordinarium sufficit, quando Ecclesia contra Ecclesiam præscribit, cum privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio.

## Aphor. XVII.

INSTITVERE DEBVISSET ET POTVISSET) Et sic lapsus temporis eadem ratione excludit actorem, ac si reus ipsi satisfecisset *L. XLV. in fin. de administr. & peric. tutor.* Ut tamen hic effectus sequatur, requiritur I) actionem jam natam esse cum effectu *L. I. §. II. C. de annal. exception.* Inde actio pignoratitia ad reluendum pignus ante debiti solutionem non subest præscriptioni *L. IX. §. II. de pignorat. action.* II) ejus executionem non esse impeditam. Non enim valenti agere non currit præscriptio. Sic filiofamilias, cui sub Patria Potestate constituto actio de bonis maternis denegatur, currit demum præscriptio, postquam a potestate liberatus est *L. I. in fin. C. de annal. præscript.* Eadem ratione actio de dote restituenda quiescit durante matrimonio *L. VII. §. IV. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* III) non esse interpellatam vel interruptam præscriptionem *L. fin. C. de annal. except.* add. STRYCK. *de action. investig. Sect. III. membr. I. ax. I. seq.*

RE-

REGULARITER XXX. ANNIS PRAESCRIBITUR) Sunt tamen plures temporales præscriptiones, quæ termino perbrevi finiuntur. In Jure Romano inter alias obvia est præscriptio tridui in *L. unic. de gland. legend.* viginti dierum *in L. unic. §. ult. C. ut omnes judic.* duorum mensium *in L. XLVI. §. IV. D. de Jur. fisc. L. XXXVIII. pr. de ædilit. edict.* sex mensium *in L. XIX. §. VI. Eod.* biennii *in L. final. C. de dol. mal.* quinquennii *L. VIII. §. X. D. & L. penult. C. de inoffic. testament.* Aliæ occurrunt in Jure Canonico, quæ vide apud STRYCKIUM *d. tr. Sect. IV.*

## Aphor. XVIII.

PROBARE DEBET) Anne vero, qui probare non potest, malam fidem, in ignorantia refugium quærere, & restitutionem in integrum contra præscriptionem adimpletam urgere potest? Minime. Sunt enim jura vigilantibus scripta, non supine ignorantibus. Et certe ipsa illa ignorantia per tantum temporis spatium durans incuriam & negligentiam domini satis prodit. Nec est, quod urgeas, non valenti agere non currere præscriptionem. Hæc regula enim accipienda est de impedimento juris, non de impedimento facti. LUDOVICI *Diss. de Præscription. nonagen. §. VII. sqq.* Idem judicium esto de præscriptione quadragenaria contra fiscum. Nam ne huic quidem prætextum ignorantiæ prodesse, ex NOVELL. *CXIX. cap. VII.* AUTHENT. *Malæ fidei C. de præscript. longi tempor.* facile colligimus.

## Aphor. XIX.

Se munire queat) Atque hanc unicam rationem, quod nemo sibi ipsi titulum possessionis mutare queat, quodque illi de præscriptione cogitanti malum semper initium obstet, tantæ efficaciæ esse existimo, ut gravis illa controversia de præscriptione juris reluendi pignus inter Doctores agitata statim componatur. Utut enim habere possint, qui præscriptionem admittunt, quod contra reliquas rationes, quibus a præscriptionis cursu istud jus vindicant alii, urgeant, quid tamen ad istam a nobis adductam rationem respondere possint, conjectura vix assequimur.

## Aphor. XX.

Dicuntur autem res merae facultatis) In definiendis his rebus Doctores quam maxime variant. Recenset plures definitiones Gribnerus *Diss. de jure suffragandi usu intermisso non pereunte Tom. IV. opuscul. Jur. Publ. Sect. IV.* & novam de suo addit, quam suam quoque facit Leyser. *Spec. CCCCLXII. med. I.* Aliam profert Mevius *P. I. Decis. LX.* Coccejus *Diss. de reb. meræ facultat. §. VI.* Aliam iterum Lyncker. *Analect. ad Struvii Syntagm. Jur. Civ. Lib. XVI. tit. III. §. XXII.* Ex omnibus optimam esse definitionem a Gribnero formatam non diffiteor. Sed angustior tamen est suo definito, cum actus meræ facultatis non ex jure omnium communi tantum, neque ex jure civitatis tantum descendant, sed præterea etiam aliis, qui in certo statu vivunt, competant. Sunt igitur nobis actus meræ facultatis actiones subditorum licitæ

licitæ & in lege vel universali vel provinciali ita permissæ, ut quilibet vel qua homo, vel qua in certa societate vivens eas jure proprio expedire, & ab earum exercitio invitus nullo tempore excludi possit. Non opus est, ut, quid per actiones licitas & permissas intelligendum sit, prius explicem. Illæ sunt, de quibus lex plane silet, atque sic arbitrio agentis unice relinquit. Hæ sunt, quarum exercitium lex actu positivo concedit, quasque expediendi facultatem indulget. Id solum moneo, legem duplici præsertim ratione permittere, vel ita, ut quis proprio jure aliquid, si velit, expedire possit, vel ita, ut vi privilegii jus expediendi habeat. Hoc si fit, non omnis necessitas agendi cessat, siquidem non usus lapsu certi temporis conjunctus privilegiatum privet privilegio. Illo vero in casu liberum cuivis manet arbitrium faciendi vel omittendi. Idque habere potest, ut homo, quatenus Jus universale permittit, vel ut subditus, quatenus lex provincialis omnibus subditis aliquid indulget, vel ut civis, quatenus lex civitatis eum juris cujusdam participem reddit, vel denique, ut pater, ut dominus, ut maritus, ut Nobilis, ut Doctor, quatenus his statibus lex peculiaria jura assignat. Sic vero facile assentior Gribnero, fundamentum actuum meræ facultatis non in sola libertate naturali collocandum esse, præterea autem non actiones solum, quæ a jure civium dependent, sed & reliquas omnes permissas, quæ in privilegio non nituntur, ad classem actuum meræ facultatis refero. Quorum natura in eo consistit, ut nullus temporis lapsus

psus arbitrium agendi vel omittendi excludat, nisi arbitrium ipsum & libertas agendi ab adversario usucapiatur *L. VI. pr. de Servitut. prædior. urban.* id est, adversarius agentem prohibuerit, hic in prohibitione acquieverit, temporisque lapsus accesserit Berger. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. II. §. XXII. n. 1.*

## Aphor. XXI.

In qva nvlla bona fides, nvllvs titvlvs) De titulo clara lex extat in *C. I. de præscriptionibus in 6to* quod in præscriptione immemoriali haut desideretur. Bonam fidem vero & hic adesse debere, colligunt ex *cap. ult. X. de prescript.* & *L. II. C. de præscript. XXX. vel XL. annor.* Sed ex lapsu tam longi temporis tamen præsumunt, eam adesse, & adversarium, qui malam fidem allegat, ad ejus probationem adstringunt. Nec alia mens est Auctoris nostri. Quod enim eo non extendi velit thesin suam, tanquam probatio malæ fidei per lapsum temporis plane excludatur, ex Aphor. sequenti dilucide apparet. Verum enim vero, quando præscriptio immemorialis ea est, cujus initii memoria non extat, (talem autem eam esse, omnes uno ore fatentur) vellem ego scire, qui fieri possit, ut vel titulum præscribens probaret, vel adversarius de malo initio fidem faceret. Certe enim, ubi de titulo deque origine constat, ubi malum initium doceri potest, non est præscriptio immemorialis. Sic vero fieri non potest non, quin immemorialis præscriptio omnem probationem vel tituli vel malæ fidei excludat, atque præsumtionem juris & de jure operetur, rem legiti-

legitime esse acquisitam, ea vero ratione, possidentem ipso jure contra dominum supervenientem securum præstet.

## Aphor. XXIII.

NECESSARIA EST HAEC PRAESCRIPTIO) Generatim necessaria est in omnibus iis rebus, quarum alienationem & privatam acquisitionem lex vetat *C. I. de præscript. in 6to*, quarumque alias privatus non est capax. Indeque generalem formant conclusionem, quod & tunc efficaciam habeat, si quis jura exerceat, quæ a Principis tantum concessione dependent, hujusque opinionis stabiliendæ causa ad *L. III. §. IV. de aqu. quotidian. L. I. §. XLII. Eod. & L. XVIII. §. I. de aqua & aqua pluviæ* item *L. III. §. I. de Colleg. & corpor. opific.* provocant. Ex his vero præsuppositis ulterius deducunt, omnia regalia, quæ citra concessionem Principis privatus possidere nequit, præscriptioni immemoriali subesse. Displicet tamen hæc extensio iis, qui in ea causa sunt, ut subditis jus regalia præscribendi denegent. Quod sigillatim egit THOMASIUS *Dissert. de præscript. regal. ad jura subditorum non pertinente.* BEYER. *Spec. Jur. Germ. L. II. cap. II. pos. XXXVIII. seq.* Nolo hanc litem meam facere, quamvis negare non possim, rationes eorum magni esse ponderis, meque ideo alibi eorum opinionem esse secutum. Sed dies diem docet. Dicam itaque quid jam sentiam. Primo existimo, Principem omnino præscriptionem contra se admittere debere, quatenus est Juris Naturalis, nec in poena negligentiæ solum con-

consistit. Utut enim BEYERVS juris gentium rationes ad rem præsentem non quadrare opinetur, cum hic non inter gentes, sed inter Principem & subditos disputetur, quia tamen respectu ad Jus universale habito Princeps, ut homo, considerari solet, id intuitu subditorum quoque contra se admittere debet, maxime cum ratio præscriptionis locum habere, nec non jus a Principe semper neglectum derelictum judicari possit. Sed & hoc addam necesse est, hæc solum procedere in iis, quæ Princeps privatis concedere solet, quæque salvo imperio concedere potest. Cum enim Princeps iis commode carere possit, nec dignitati & auctoritati ejus quicquam decedat, quando expresse ejusmodi *jura* in alium transfert, quidni etiam careret iisdem ulterius, si ipsi præscriptio immemorialis objicitur. Quod ad regalia autem attinet, quæ imperii partem ita constituunt, ut eo salvo abesse nequeant, & sic privatus, qua subditus, eorum per se capax esse non possit, ea præscriptione immemoriali haut acquirere poterit subditus, cum ipsum subjectionis vinculum ei obstet, ne ex temporis lapsu sibi adscribat, quæ ad id comparata sunt, ut Princeps & subditi invicem differant. Et sic verbi causa quando subditi præscriptionem urgent contra Principem ea intentione, ut potestatem legislatoriam vel tollant vel minuant, id effectum vix habebit. Quapropter nec privilegium temporis lapsu acquisitum eo effectu contra Principem urgeri poterit, ut facultatem illud per novam legem revocandi non habeat, cum ipse temporis lapsus sit instar concessionis

sionis expressæ, ea vero ratione sine dubio eodem jure æstimanda concessio præsumta, ac expressa, quam voluntate contraria a Principe tolli posse, nemo in dubium vocat.

## Aphor. XXVII.

INTERMEDIUM TEMPUS NON COMPUTETUR) Quod vocant præscriptionem dormientem. Idque duplici modo contingere asserunt, 1) quando ex legis dispositione plane non currit, 2) quando cœpta quidem est, sed propter impedimentum aliquod justum continuari nequit, donec impedimentum sublatum sit. Verbo: quia fundamentum præscriptionis civilis est negligentia consequens est, quod negligentia cessante, nec præscriptio currere possit. Indeque enata est regula: Quod non valenti agere non currat præscriptio.

SPECIAL. CONSTITUTIONEM IN REC. IMPERII) De qua constitutione, cum specialis sit, & de bello tricennali solum loquatur, Doctores dubitant, an ad alia bella trahi possit. Negat hoc MANZIUS in *Asylo debitorum & credit. calamit. belli tricennal. adpaupert. redact.* quia alia bella neque tamdiu durant, neque totam patriam ita una ruina involvunt. Verum, quamvis negari non possim, id plane singulare esse in hac lege, quod præscriptio jubeatur cessare, sive justitium fuerit, sive non, ipsa tamen æquitas & naturalis ratio suadet; præscriptionem dormire debere, quando occasio deficit, jus suum persequendi. Hanc vero cum non belli solum sed & alia Reipublicæ calamitas præscindere soleat, non dubito ego, quin generatim

tim in calamitate publica, & ſic etiam tempore peſtis, vid. CARPZOV. *P. II. Deciſ. CXVI.* ceſſare debeat præſcriptio, quatenus iſta calamitas cum juſtitio, id eſt interſtitione & ceſſatione juris, ut GELLIVS explicat *Noct. Attic. Lib. XX. cap. I.* eſt conjuncta. Imo nec dubito, quin diſpoſitionem ad eum caſum applicem, quando judicia quidem aperta ſunt, litigantes autem, ad quod tribunal eant, neſciant. Quale exemplum habet LEYSER. *Spec. CCCCLXIII. med. X.*

OB AETATEM PVPILLAREM ET MINORENNEM) Sic vero Auctor, ſi huic §o jungas §. præc. VIII. ſub no. V. in ea eſt opinione, pupillorum æque ac minorum intuitu præſcriptionem ita dormire, ut ne quidem inchoari poſſit, inchoatam vero, quod pupillos attinet, non continuari, minori vero ſalva reſtitutione in integrum currere. Dubitat vero idem de hac opinione in *Exercit. ad D. XLIII. §. X.* Res ita facile conficitur. Contra pupillos nulla præſcriptio neque inchoari neque continuari poteſt *L. XLVIII. pr. de acquir. rer. domin.* Intuitu minoris idem obtinet, ſi reſpicias eas præſcriptiones, quæ citius, quam triginta annis elapſis finiuntur *L. III. C. quib. non objicit. long. tempor. præſcript.* Quæ triginta annos & ſupra deſiderant, contra minorem & inchoantur & inchoatæ currunt, ſalva tamen reſtitutione in integrum *L. III. C. de præſcript. XXX. vel XL. annor. L. ult. C. in quib. cauſ. reſtit. in integrum non eſt neceſſ.*

VBI

VBI TAMEN OPVS EST) Ergo dici non poteſt, quod ex his cauſis præſcriptio dormiat. Dum enim *L. II. C. de annal. præſcript.* remedium proteſtationis ita præſcribit, ut eo adhibito præſcriptio interrumpenda ſit, per ſe quoque patet, ei, qui huic remedio non utitur, poſſe negligentiam imputari, ea vero ratione cauſam ceſſare, quare dormiat præſcriptio. Et hoc in caſu ne prætor quidem reſtitutionem in integrum concedit. Subintellige tamen caſum, præſentem eum eſſe, contra quem alter abſens præſcribit. Abſenti vero, ut & aliis ab Auctore nominatis currit quidem præſcriptio, poſſunt tamen poſtea, vel ex ſpeciali legis privilegio, quod v. c. iis, qui neceſſario ex cauſa excuſabili abſunt, competit, vel concurrente juſto impedimento, verbo, ſi neque dolus neque culpa ipſis imputari poteſt, reſtitutione in integrum ex clauſula Prætoris generali uti.

## Aphor. XXVIII.

NON EST CONTINVA) Inde vero apparet, præſcriptionem quidem complendam, non vero completam interrumpi poſſe. Tantumque abeſt, ut mala fides ſuperveniens perfectæ uſucapioni noceat, quin ne conſcientiam quidem oneret. BERGER. *Oec. Jur. p. 254.*

## Aphor. XXIX.

NON NISI LITIS CONTESTATIONE) Imo potius indiſtincte præſcriptio interrumpi videtur per ſolam citationem. Nam *L. II. C. de annal. except.* hoc unum ſufficere jubet, ut in omni

temporali etiam 30. & 40. annorum præscriptione cursus per protestationem in judicio factam impediatur, etiamsi præscribens protestationem interpositam nesciat. Quidni eundem haberet effectum, quando sciens certior fit mediante citatione, esse, qui possessionem suam in dubium vocet. Cessat enim in utroque casu ex parte ejus, contra quem præscriptio coepta, negligentia, quæ fundamentum est ipsius præscriptionis. Quare, licet vel maxime reus dilationem impetret, & interim usucapionis tempus compleat, exceptio tamen ipsi haud proderit, cum possessio per citationem semel sit interrupta STRYCK. *in Not. ad Brunnemanni Jus Ecclesiastic. Lib. II. cap. XI. §. VII. verbo: nuda citatio.* Idque unum cum sufficiat, citationem esse emissam, parum etiam proderit usucapienti, etiamsi libellus tanquam ineptus rejiciatur. Existimarem quoque, nihil interesse, utrum a judice competente, an ab incompetente concepta esset citatio, cum, qui libellum offert, quantum in se est, id agit, ne negligens in persequendis juribus suis videatur. Nimisque durum esset, ei, qui animum rem sibi conservandi declarat, hoc tantum obesse, quod judicem incompetentem adiisset. Imo *d. L. II. C. de annal. except.* ad effectum interrumpendæ præscriptionis plus non requirit, quam voluntatis declarationem judicialiter factam. Sed Praxis tamen, citationem solum a competente judice emissam istum effectum sequi, defendit, vid. WERNHER. *P. I. Obs. CCXXXII.* In eo autem facile assentior WERNHERO, quando

do *P. II. Obs.* CCCCLXXII. negat, citationem interrumpere præscriptionem, quam judex proprio motu emisit, cum negligentia cessare non possit, nisi ille, contra quem præscriptio cœpta est, ante tempus completum animum interrumpendi declaret, & res ista in notitiam ejus, qui præscriptionem incepit, perveniat.

ÆQVIOR EST SENTENTIA) Quamvis enim *L. I. C. de præscript. long. tempor.* id unicum desideret, ut lis mota sit possessori in judicio, indeque alii colligant, nihil interesse, vincatne possessor an vincatur, ex aliis tamen legibus in subsidium vocatis, sigillatim ex *L. II. pro donat L. II. §. ultim. pro emtor.* ut & ex ipsa ratione satis patet, victori calumniam actoris obesse non posse. Argumenta, quæ a dissentientibus proferuntur, diluit WERNHER. *P. I. Obs.* CCCXXX.

## Aphor. XXX.

PER DENVNTIATIONEM PRIVATAM) Simplicem tamen denunciationem sufficere non credo, si extrajudicialiter fiat interpellatio, ut bona quoque fides cesset, sed necesse esse credo, ut argumenta denuncians offerat convincentia vel maxime verosimilia, quæ bonam fidem tollunt. Aperte enim fatetur PAVLVS in *L. XL. pr. de hereditat. petit.* bonæ fidei possessorem non temere debere jus suum indefensum relinquere & ad id, ut quis in mala fide dici possit, requiritur, ut desinat ignorare rem alienam esse *L. CLX. de Verbor. Signific.* Quod certe simplex denunciatio, quæ & calumniosa esse potest, haut efficit. Et

 hinc

hinc ne litis contestationi quidem per se iste effectus tribui potest, ut quis in mala fide constituatur. Quare recte asserit LEYSER, quod & possessor hereditatis & bonæ fidei possessor, rei vindicatione vel hereditatis petitione conventus, non obstante litis contestatione a restitutione fructuum perceptorum & percipiendorum, ut & expensarum immunis esse possit *Spec. LXXII. med. V. Spec. XCIV. med. III. Spec. XCIX. med. VI.* Id vero cum rationis sit, nec hodie interpellatio sola bonæ fidei possessori oberit, ne adhuc in bona fide esse possit. In qua opinione etiam Auctorem esse, ex aphor. seq. apparet, in quo, etiamsi Jure Canonico quælibet mala fides superveniens præscriptionem impediat, non tamen interpellationem per se tollere bonam fidem, expresse statuit.

INTERRVMPVNTVR.) Interrumpitur etiam præscriptio in personalibus actionibus, agnitione debiti *L. XVIII. §. I. de pecun. constit. L. VII. §. V. C. de præscript. XXX. vel XL. annor.* Eamque non verbis solum, sed & factis fieri posse palam est. Eum enim effectum solutioni portionis debiti tribuit *L. IV. C. de non numer. pecun.* Idem sine dubio dicendum de solutione usurarum.

## Tit. X.

## De donationibus mortis causa & inter vivos.

### Aphor. I.

MODIS CIVILIBVS ANNVMERANTVR) Imo donatio titulus magis est, quam modus acquirendi dominium. Ut enim dominium

minium in donatarium transeat, traditione opus est, donatio per se pactum dicitur, nec aliunde, quam ex natura pactorum dijudicanda est, quo usque traditio nondum accessit. Hoc autem Jure Romano singulare est, quod, licet pactum in se ne actionem quidem produceret ad implendum, leges tamen huic pacto eatenus assisterent, ut ex lege ipsa instar pacti legitimi validitatem acciperet, atque necessitatem traditionis secum haberet, ejusque rei intuitu eandem ac emtio venditio produceret efficaciam §. *II. J. de donation. L. XXXV.* §. *V. C. Eod.* Quo fit, ut ipsa actio ad implendam donationem, condictio ex lege vocetur. Sequitur vero ex hoc supposito: omnem donationem mutuum consensum prærequirere, & acceptationem ex parte donatarii necessariam esse. *L. XXVI. D. de donat.* Ita quidem, ut nec donatio mortis causa, quæ tamen proxime ad ultimas voluntates accedit, absque acceptatione subsistat *L. XXXVIII. D. de mort. caus. donat.* Quam veritatem operose quidem, sed minus felici successu destruere conatus est LVDWIGIVS *in Diss. de donation.* cum non leges allegatæ solum, sed praeterea quoque *L. X. D. de donation. L. LV. de obligat. & action.* ejus intentioni graviter obstent. add. GVNDLINGIAN. *P. XXIX. Obs. II. seq.* JOH. FRID. WERNHERI *Diss. de acceptatione in donation. necessaria.*

## Aphor. II.

EX LIBERALITATE TRANSFERTVR) Non tamen ideo donatio statim esse desinit, quæ ex nec-

cessitate quadam fit. Nec captanda sunt verba *L. XXIX. pr. de donat. L. X. C. Eod. L. LXXXII. de Regal. Jur.* in quibus nullo jure cogente donationem fieri, neminemque invitum donare asseritur. Solas enim illas donationum species subintelligunt leges, quæ a mera liberalitate originem habent. Dari vero liberalitatem, quæ necessitatem non excludit, aliunde satis constat, ejusque rei exempla occurrunt in *L. XXVI. §. XII. de condict. indeb. L. ult. C. de dotis promiss. L. L. Famil. ercisc.* Quamvis enim Leges aliquando jubeant, ut alter alteri quid præstet, non tamen omnem liberalitatem tollunt, sed modum, tempus, quantitatem libero præstantis arbitrio nihilosecius permittunt. Et sic etiam a donatione necessaria liberalitas non est excludenda, quod comprobat *d. L. ult. C. de dot. promiss.* in qua dos liberalitas dicitur, ad quam tamen quem cogi posse *L. XIX. de Rit. nuptiar.* clare loquitur. Integrum hoc argumentum LEYSERVS peculiari libello *de donationibus necessariis*, quem postea *Meditationibus suis ad Pandectas Spec. CCCCXXXV.* inseri curavit, prosecutus est.

## Aphor. III.

MORTIS CAVSA DONATIO EST) Clarius dixeris, mortis causa donationem esse promissionem rei alicujus, intuitu mortis, verbis dispositivis acceptanti facta, vim legati habens, & prius non valitura, quam mors secuta sit. Mixtum itaque hic subesse negotium, per se patet. Pactis nempe annumeratur, quia non nisi præsenti & acceptanti fieri potest, ultimis vero etiam voluntatibus, quia ad

ad essentiam sui, dum constituitur, ea requirit, quæ legatis propria sunt, & quia revocabilis est. Eoque nomine a donatione inter vivos, quæ revocationem regulariter non admittit, quæque merum pactum est, probe est discernenda. Requiritur vero in donatione mortis causa, 1) ut fiat cogitatione mortis. Ubi quidem nil interest, si negotii validitatem spectas, utrum intuitu mortis in genere, an intuitu instantis periculi donatio fiat *L. II. D. L. XXXV. §. IV. de mort. caus. donat.* Posteriori tamen in casu effectus cessat, cessante periculo, cum priori in casu donatio revocanda sit. II) Ut cogitatio mortis non mere interna sit, sed verbis declaretur. Et hinc, si moriens donat, non vero mortis causa, donatio inter vivos est. *L. XLII. §. I. D. Eod.* III) ut mentio mortis fiat in verbis dispositivis, ita quidem, ut ipsa donatio ejusque perfectio expresse in casum mortis conferatur. Nuda itaque mentio mortis, morsque imminens non sufficit, nec sufficiunt verba executiva, v. c. dono tibi, sed non habebis, nisi post mortem, WERNHER. *P. I. Obs. XXXV.* Idem judicium esto, si quis mortem tanquam causam impulsivam adjiciat, v. c. quia video, me moriturum, ergo tibi dono. Eadem ratione, qui mortis intuitu donat, & statim tradit, mortis causa non donat. Ubique potius donatio inter vivos facta censetur. Quare ita donans mentem explicet, ut dubium non sit, qua intentione donet, v. c. habebis, si hoc morbo succumbam, si in hac acie peream, quando moriar. Interim verba non esse captanda, sed vo-

luntatem magis donantis respiciendam, recte monet LEYSER. *Spec. CCCCXXXVIII. med. II.* Fieri enim potest, ut verba donationem inter vivos indigitent, ex conjecturis tamen alia donantis voluntas eliciatur, utque e contrario verba ad donationem mortis causa spectent, & intentio donantis tamen eo redeat, ut perpetuo valitura sit donatio. Quod ultimum sigillatim fit, quando promisit, se donationem nunquam revocare velle *L. XXVII. D. de mort. caus. donat.* add STRYCKII *Interess. controvers. cap. V. §. XXVII.* & VINNII *select. quæst. L. II. cap. XXXIV.* qui ad textus obstantes respondet.

## Aphor. IV.

QVI TESTAMENTVM FACERE VEL LEGARE) Sunt nempe donationes mortis causa, quatenus ultimam voluntatem continent, legatis per omnia exæquata *L. ult. C. de donation. mort. caus.* Indeque facile colligimus I) quod præsentiam quinque testium requirant *L. IV. C. Eod.* II.) quod quartæ Falcidiæ detractionem admittat, si heres quartam non habeat salvam *L. V. C. ad L. Falcidiam*, III) quod, quantæ quantæ sint, insinuatione judiciali non indigeant. *L. ult. C. de donat. mort. caus.* IV) quod iisdem modis revocentur, quibus legata revocari solent, V) quod donare mortis causa possit, qui ultimas voluntates condere potest, VI) quod iis donari possit, quibus legari. Ergo & conjugi, cui alias conjux donare nequit *L. IX. §. II. junct. L. X. D. de donat. inter vir. & uxor.* item filiofamilias ac patri, quod in simplici donatione ob fictio-

fictionem unitatis fieri non poterat. Quod autem filiusfamilias peculium adventitium ordinarium consentiente patre, extraordinarium pro lubitu mortis causa donare possit, quodque non conferatur donatio, nisi in præsentem & acceptantem, id inde derivandum, quia hæc donatio de natura pectorum simul participat. Non tamen plane inutilis est donatio mortis causa absenti facta. Sed valet instar fideicommissi, *L. LXXV. pr. L. LXXVII. §. XXVI. D. de Legat. II.*

## Aphor. VII.

NON POTEST DETRAHERE HERES) Quod tamen intellige de donatione omnium bonorum, eaque judicialiter facta. Ad formam enim istiusmodi donationis judicialis auctoritas requiritur, ita, ut ea omissa ipsa donatio sit nulla. Accedente vero publica auctoritate donatarius vices heredis universalis sustinet, & vel ideo, quia heredem ab intestato excludit, hujus jus detrahendi quartam cessat. Necessariis tamen heredibus ubique salvam esse debere portionem legitimam per se constat.

## Aphor. VIII.

QVOD NVLLO CASV REVOCARI DEBEAT) Sed quid si donans dixerit, se Titio ejusque heredibus donare, anne tum mortis causa donatio erit, vel magis donatio inter vivos? Et placet nihilosecius opinio, donationem mortis causa manere, si de intentione donantis constat. Nam & transitio ad heredes intelligi potest, de eo casu, si ipsa donatio ante mortem non sit revocata HAHN. *ad Wesenb.*

*tit. de donat. mort. cauſ. n. VI. verb. aut mentio heredum.* Multo magis itaque ceſſabit donationis effectus, ſi donatarius ante donatorem moritur. Heredes enim nil accipiunt, niſi quod defunctus habuit, cum nulla viventis ſit hereditas. Defunctus autem donationem nondum habuit, ſed ſolum ſperavit.

## Aphor. IX.

NON SECUTUS FUERIT) Quod intellige de caſu, ſi intuitu præſentis periculi vel morbi donatum. Tum enim, ſi convaleſcat donator, vel periculum effugiat, ipſo jure ceſſat donatio. Quodſi vero intuitu mortis in genere facta eſt, tum inſtar legati legitime revocanda erit.

DONATIO NON POSSIT SUBSISTERE) Quorſum pertinet ſigillatim, ſi donatarius ante donatorem moriatur. Pertinet etiam huc caſus, quando donatoris bona fiſco addicuntur. *L. VII. de mort. cauſ. donat.*

## Aphor. XI.

TUM SECUNDUM JUS CIVILE) Confer. *L. unic. §. XIV. C. de caduc. tollend. L. XXV. C. de Jur. dot.* FABRI *T. I. oper. p. 829.* Quas leges meliori jure pro Auctoris opinione allegamus, quam quidem contra eam facere ſolent, qui heredes ab inteſtato a donatario excludi autumant. Nam deficit omnis ratio juris accreſcendi, quod præſupponit conjunctionem plurium perſonarum, in una hereditate vel re legata, quæ hic vix occurrit. Deinde etiam ratione modi ineundi, & formæ contractui magis, quam ultimæ voluntati accedit

accedit donatio mortis causa. In contractibus autem jus accrescendi locum non habere, tralatitium est. add. Carpzov *P. III. Const. II. def. I.*

## Aphor. XII.

Aliae mortis causa capiones) Quæ sunt species donationis inter vivos, quibus emolumentum occasione mortis tertii in aliquem transfertur. Eoque etiam spectat, si quis accepto pretio in favorem alterius hereditati renunciat. Sunt itaque mortis causa capiones irrevocabiles, dummodo donatarius eum supervivat, cujus mors ipsi emolumentum affert.

## Aphor. XIV.

In donante reqviritur) Donatio itaque non præsumitur, etiamsi traditio rei simplex accesserit. Quod quidem ex legibus dilucide demonstrari nequit, rationis tamen est, cum nemo suum jactare, & patrimonium diminuere velle censeatur. Generatim tamen donationem præsumunt, quando in dante singularis occurrit affectio, & in accipiente magna necessitas & indigentia, cum sic ex utraque parte causa impulsiva adsit, pietatis officium eliciens. Exemplum est in matre, quæ alimenta præstat. Verum potest tamen hæc præsumtio contraria voluntate elidi. Imo res ipsa ad certam regulam vix potest referri. Quare merito prudentem judicem desiderabis, qui arbitretur, an circumstantiæ ita comparatæ sint, ut vel pro donatario vel contra eum pronunciari possit. Menoch. in *arbitr. judic. quaestion. Lib. II. cas. LXXXVIII. n. VIII.*

Ad-

ADMINISTRATIO RERVM SVARVM CONCESSA) Debitor tamen obæratus in fraudem creditorum non donat, cum leges ejusmodi alienationes generatim irritas declarent, earumque revocationem mediante actione Pauliana concedant, quatenus creditoribus damno ſunt. *L XXXVIII. §. IV. D. de uſur.* Eſtque donatarius absque ulla diſtinctione obligatus, ut rem dimittat, ſive fraudis fuerit conſcius, ſive non. Lucrum enim ipſi magis extorquetur, quam damnum infligitur *L. VI. §. XI. D. Quæ in fraud. creditor.* In dubio vero ſemper favorabiliores partes ſunt ejus, qui damnum vitare intendit, quam, qui lucrum captare ſtudet.

NON POTEST DONARE) neque de bonis paraphernalibus, neque de bonis receptitiis. Mariti enim eorum intuitu intereſt, ne uſusfructus ipſi intervertatur. In his vero maritus ex ſpeciali lege ſperat ſucceſſionem. vide JVS PROVINC. SAXON. *L. I. art. XLV. Conſt. Elect. P. III. Conſtit. VII.* ibique CARPZOVIVM *Def. V.* Huic vero diſpoſitioni derogatum eſſe Jure Saxonico Elect. noviſſimo, ita quidem, ut de bonis receptitiis immobilibus absque mariti, interveniente tamen curatoris conſenſu, de bonis receptitiis mobilibus vero pro lubitu diſponere poſſint mulieres, collige ex iis, quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. I. Ex. III. §. XIV.*

## Aphor. XV.

EXTRA MARITVM) Poteſt tamen transferre in maritum, quando donatio remuneratoria eſt, modo

modo curatorem adhibeat, ipſaque donatio judicialiter inſinuetur, vel coram Notario & teſtibus fiat *Conſtit. Elect. XIII. P. II.* Geradam etiam uxor marito pro lubitu, tam judicialiter, quam extrajudicialiter vendere poteſt, nec opus eſt, ut pretium proportionem cum re habeat, ſed uno etiam nummo fieri poteſt. Quod inde forſan eſt, quia Gerada ob antiquitatem toleratur magis, quam noſtris moribus, mutata ſemel antiqua ſuccedendi ratione, convenit. Quodſi tamen uxor læſionem ſciverit, in donationem negotium degenerare, &, ob prohibitionem, ne inter conjuges donatio ſubſiſtat, invalidam eſſe, donec morte donantis confirmetur, judicat WERNHER. *P. IV. Obſ. XXIII.* Cæterum Gerada ſemel vendita, & vel in maritum vel in extraneum translata, etiamſi foemina ſibi uſumfructum ſervaverit, gerada eſſe deſinit, & mortuo emtore ejus heredibus ſine diſtinctione ſexus cedit. IDEM *P. V. Obſ. CLXXXIII.*

IN PRAESENTIA DVORVM VEL TRIVM TESTIVM) Quia vero *Conſtit. Elect. XIV. P. II.* dum hanc donationi geradæ formam præſcribit, caſum præſupponit, univerſam geradam donari, inde non absque fundamento colligit WERNHER. *P. VI. Obſ. CCCLXII.* præſentia teſtium opus haut eſſe, ſi non univerſa gerada, ſed res quædam ſingulares geradicæ a foemina extra judicium donentur. Quod autem ait BERGER. *Oec. Jur. p. m. 277.* & tum teſtium præſentiam ceſſare, quando foemina ſibi uſumfructum reſervavit, cum hæc reſervatio jam ſit inſtar traditionis, id cum

verbis

verbis allegatæ Constitutionis aperte pugnat. Conf. INTROD. AD JUS SAXON. *P. III. Sect. I. Exerc. VII. §. IX.*

## Aphor. XVI.

PATRIS IN FILIUM FAMILIAS) Ut autem ipsa ratio prohibitionis in fictione unitatis consistit, quæ antiquo Jure Romano intercedebat inter patrem & filium: ita e contrario in omnibus illis casibus subsistit donatio, ubi fictio unitatis cessat. Cessat itaque in causa castrensi & quasi castrensi, cujus intuitu filiusfamilias habetur pro patrefamilias *L. I. C. de castrens. pec.* Cessat post mortem patris, indeque ejusmodi donatio morte confirmatur. Cessat per emancipationem. Et ideo subsistit, si pater rem donatam non ademit *L. XXXI.* §. *II. D. de donation.* Cumque & cesset fictio unitatis inter matrem & filium, cum istius fundamentum sit Patria potestas, indeque oriundum jus acquirendi per liberos, cumque porro filius de patre singulariter meritus pro extraneo habetur, facile patet, quare & in his casibus donatio valeat. Imo, cum hodie Patria potestas ex Jure Naturali magis æstimetur, illudque jus antiquum per liberos acquirendi cesset, ego certe non dubitarem, quin iis accederem, qui filiumfamilias valide cum patre contrahere, & sic etiam hunc illi donare cum effectu autumant, idemque juris esse in filiofamilias, qui patri donat, asserunt. adde JUS PROVINC. SAXON. *Lib. I. art. X.* & SUEVICUM *art. CXVIII. & CCLXII.* CARPZOV. *Lib. VI. Resp. CXVIII. n. 12. 14. & 18.* it. *P. II. Const. XII. Def. XXII. n. 9.*

*n. 9.* BEYER. *Jur. German. Lib. I. cap. XXVI. pos. XLI. sq.*

## Aphor. XVII.

ANTE ACCEPTATIONEM SVBSISTIT) Non ideo solum, quia jura proniora sunt ad liberandum, quam ad obligandum, sed etiam, quia ignorantis & inviti conditionem meliorem reddere possumus vid. STRVVIVM *Exerc. XL. th. VIII.* Idem juris esse in donatione piæ causæ facta, testatur BERGER. *Oec. Jur. p. m. 275.* In reliquis vero casibus acceptatio eatenus necessaria est, ut ne quidem sufficiat sola scientia, rem alterum velle donare, nullaque ante acceptationem oriatur actio. Quare nec quicquam operabitur, si post mortem donatoris donatarius, qui non acceptavit, rem donatam petit. Quod naturæ pactorum omnino convenit, quæ perfecta prius dici nequeunt, quam ex utraque parte mutuus adest consensus, isque sufficienter declaratus, adde WERNHER. *P. I. Obs. CLVII.*

## Aphor. XVIII.

OMNIVM BONORVM PRAESENTIVM ET FVTVRORVM) Verum, qui hanc donationem fieri posse negant, & contra leges, & contra experientiam pugnant. vid. *L. XXXIV. §. IV. & V. C. de donation. L. VIII. C. de revocand. donat. L. V. C. de inofficios. donat.* Experientia vero abunde testatur, maxime inter rusticos invaluisse consuetudinem, ut in liberos vel extraneum etiam per donationem inter vivos bona sua transferant, sibique quandam competentiam reservent, quam vo-

vocant den Groß-Vater, vid. STRYCKII *Diss. de jure avor.* Præterea Germanis ab antiquissimis temporibus solenne fuit, ut omnem substantiam suam per pacta, dum adhuc viverent, in alium titulo etiam lucrativo transferrent. Conf. BEYERUM *Delineat. Jur. Civil. tit. D. de donat. pos. V. not. c.* WERNHER. *P. IV. Obs. VIII.* Quam autem dissentientes ex Jure Romano afferunt rationem, quod ejusmodi donatio facultatem testandi auferret, ea primo haut concludens est, siquidem Jure Romano non omnia negotia, quæ testamenti factionem impediunt, prohibita sunt, ut videre est in arrogatione. Deinde Romani non præcise pacta, quæ testamenti factioni obsunt, invalida judicant, conf. WISSENBACH. ad *tit. D. de donat.* HARPRECHT. *ad §. XII. J. de donat.* STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. III. cap. IX. §. IV. & Usu Modern. Pand. tit. de Donation.* Denique moribus nostris, ut supra monui, repugnat. Ne vero, qui omnia bona donat, postea ipse egeat, leges, quando sibi ipsi eo nomine pacto non prospexit, satis cavent, dum provideri jubent, ne donator liberalitate sua inops fieri periclitetur *Leg. L. de re judicat.*

SINE CONSENSU HEREDUM NEQUEANT DONARI) Dicuntur autem bona avita, non quæ præsens possessor, nec, quæ pater ipsius acquisivit, sed quæ minimum ab avo quæsita, jure hereditario, nullo interveniente contractu, ad alienantem devoluta sunt. Erb-Stamm-Güther. Et sic immobilia solum bona huc pertinent. Per heredes

des vero soli descendentes alienantis intelliguntur. Donatio ipsa simplex & inter vivos esse debet. Cæterum nil interest, utrum judicialiter, an extrajudicialiter donatio facta sit. Ita rem ex interpretatione usuali & authentica explicat, & textum JVR. PROVINC. SAXON. *Lib. I. art LII.* & JVR. PROV. SVEVIC. *cap. CCCVIII.* illustrat BEYER. *in Jur. German. Lib. II. cap. XI.* quem vel ideo conferre juvat, quo amica jurium Germanicorum hoc in argumento conspiratio & verus Juris antiqui sensus, a Lubecensibus quoque, Hamburgensibus, & Luneburgensibus per peculiaria statuta approbatus, eo magis innotescat.

## Aphor. XIX.

CORAM JVDICE) An competente? Hoc negant multi, quia donatio est actus voluntariæ jurisdictionis. Ut vero *L. XXVII. C. de donation.* ad quam provocare solent, opinioni parum præsidii affert, siquidem inde hoc solum eluceat, donationem rite esse insinuandam, ita e contrario *L. XXXII. C. Eod.* perspicuum exhibet testimonium, competentem judicem esse eligendum. Nec obstat, actum voluntariæ jurisdictionis donationem esse. Nam ejusmodi actus, si causæ cognitionem prærequirunt, competentiam judicis desiderare, res expedita est. Causam vero in immodica donatione cognoscendam, & ad personam donantis æque, ut necessaria vitæ subsidia retineat, ac ad personam donatarii, an honestate morum præditus sit, respiciendum esse, nemo inficias ire potest. De jure Germanico rem minus dubii habere existimo, si-

quidem bona immobilia transferri nequeunt absque resignatione judiciali, quæ certe coram competente judicé fieri debet CARPZOV. *P. II. Const. XII. def. XIX.* Mobilia vero sua bona omnia, vel immodice tamen, qui donat, omnino in ea causa est, ut judici occasionem suppeditet, cum cura inquirendi, ne profusio & prodigalitas subsit, neve postea egeat. Quod iterum ab alio judice, nisi qui personas & facultates donantis & donatarii novit, cum effectu peragi nequit. add. WERNHER. *P. V. Obs. CXXIX. P. IX. Obs. I.* Cæterum insinuationis necessitas omnino extendenda erit ad eum casum, quando quis, ut fraudem legi inferat, donationem immodicam dividit, quamvis alias plures donationes diverso tempore factæ non connumerentur, sed singulæ valeant *L. XXXIV. §. III. C. de donation.* Cumque generatim insinuatio a legis præceptione, quæ simul, ne alia ratione subsistat donatio, prohibet, derivanda sit, in privatorum arbitrio haut positum est, ut isti necessitati renunciare, vel juramento donationem validam reddere possint CARPZOV. *d. l. def. XIV.* Renunciatio enim in iis solum admittitur, quæ legis permissivæ sunt. Contra prohibitivam legem nec renunciatio valet, nec juramentum *L. V. C. de Legib.*

QVAE CITRA INSINVATIONEM VALENT) Ut vero insinuationis necessitas solummodo restringenda est ad donationes inter vivos proprie ita dictas, nec ideo insinuatione opus est in donatione mortis causa, quæ ad ultimas voluntates acce-

accedit, ut & in donatione remuneratoria, quæ instar tituli onerosi est, ita in donationibus quoque inter vivos insinuatio cessat, quando metus profusionis vel læsionis non subest. Sic & impune omittitur in donatione annuæ quantitatis ad personam restricta, quia eventus incertus est, & uno alterove anno mors alterutrius sequi potest. Quod secus, si ex utraque parte mentio heredum injicitur *L. XXXIV. §. IV. C. de donation.* In donatione vero a Principe facta vel ideo insinuandi necessitas cessat, quia ipse Princeps legibus est solutus.

## Aphor. XXI.

SED INOFFICIOSA) Ad ejus itaque revocationem concessa est querela inofficiosæ donationis, & quidem exemplo querelæ inofficiosi testamenti. Solebant enim parentes, postquam ipsis imposita esset necessitas liberos vel heredes instituendi, vel exhæredandi, immodica donatione querelam inofficiosi testamenti eludere, & liberis, præter inane heredis nomen, nil amplius relinquere. Huic itaque fraudi, ut obviam irent leges, remedium illud revocandi donationes, quæ legitimæ gravamen inferrent, introduxerunt. Non tamen argumentatio a querela inofficiosi testamenti ad querelam inofficiosæ donationis simpliciter valet. Nam totam donationem non facit irritam, sed solum usque ad legitimam. Imo ne quidem locum habet, nisi integrum quis patrimonium donatione exhausit, cum, læsione ex portione in alios translata intuitu legitimæ oriunda, actio magis suppletoria

toria locum habeat, add. late VINNIVM *Sel. quaestion. jur. Lib. II. cap. XXXIII.*

OB INGRATITVDINEM DONATARII) Quae tamen praegnans legibusque approbata esse debet. Ob simplicem ingratitudinem, quando beneficia beneficiis non pensamus, nulla datur actio, sed ut in benefactorem injurii simus, requiritur, vid. BÖCLERI *Diss. de actione ingrati.* SCHLITTIVM *Diss. de eo, quod justum est circa ingratitudinem §. VIII. seq.* Neve quaevis injuria, sed ea solum, quae famae, bonis vel vitae donatoris praejudicium infert, donatarium emolumento privet, leges ipsae jam prospexerunt, vid. *L. fin. C. de revocand. donat.* eoque ipso privatorum arbitrium hoc in argumento restrinxerunt. Caeterum ipsa actio haec revocatoria personam donatoris & donatarii non excedit. Ex parte ejus enim sapit vindictam ob injuriam illatam, quam morte interveniente, si animum vindicandi nondum declaravit, remisisse videtur. Ex parte hujus vero delictum praesupponit, ob quod heredes puniri nequeunt *L. XXII. C. de poen.* Praeterea etiam ingratus dici nequit, nisi qui ab eo, contra quem peccat, beneficium accepit. Cumque heredi nihil tributum sit, ne tum quidem ille ista actione tenebitur, quando ipse donatorem injuria affecit add. *L. X. C. de revocand. donat.*

ET POSTMODVM IPSI NASCANTVR LIBERI) Praesupponit tamen allegata lex, quam pro opinione sua citant interpretes, specialem istum casum, donatorem tempore donationis animum

mum procreandi liberos deposuisse, ejusque rei intuitu liberos sustulisse. Sed per usualem interpretationem indistincte juris esse, autumant, ut supervenientia liberorum irritam faciat donationem, cum nemo præsumatur, successiones alienas propriis præferre voluisse. At enim vero, si dicendum, quod res est, videtur hæc extensio analogiæ juris adversa esse. Non ideo solum, quod lex de certis personis & certo casu disponens extensionem regulariter non admittat, sed & præterea supervenientia liberorum in eo, qui animum liberos procreandi adhuc retinet, ad non cogitata referri nequeat. add. VINNII *Quæst. Jur. Lib. II. cap. XXXII.* Quod vero liberis supernatis integrum sit, donationem usque ad legitimam revocare, & rationi & juri conveniens est.

## Aphor. XXII.

MODVS, SI NON IMPLEATVR) Et quidem in totum. Nam si maxima ex parte modum adjectum implevit donatarius, actio revocatoria cessat. Quamvis enim lex commissoria ejusmodi donationi tacite insit, illique in emtione venditione adhuc locus sit, utut emtor partem pretii solverit *L. IV. §. I. de Lege Commiss.* jus tamen canonicum hunc rigorem temperat, & his, qui promissionem suam saltim ex maxima parte impleverunt, poenam remittit, *cap. IX. X. de poen.* LEYSER. *Spec. CCCCXXXV. med. IV.* Ut vero, si res donatario jam tradita sit, actio revocatoria datur, ita & donatori ejusque heredibus, si donatio adhuc promissa, recte quoque conceditur exceptio

nondum impleti modi *L. CLVI.* §. *I. de Regul. Jur.* quando donatarius modum adjectum implere neque paratus est, neque cautionem eo nomine offert. *L. XL.* §. *fin. L. LXXX. D. de condition. & demonstr.*

## Aphor. XXIII.

OB INSIGNIA BENE MERITA) Hanc necessariam esse, & ad eam faciendam donatorem ipso jure obligari, ita quidem, ut & actione peti possit, existimant BRUNNEMANN. ad *L. I. de donation.* STRUVIUS *Exerc. ad Pandect. XL.* §. *XVII.* Nec leges desunt, ad quas provocant, nimirum *L. XXVII. D. de donation. L. XXXIV.* §. *I. Eod. L. XXV.* §. *XI. de petit. hered. L. I. de extraordinar. cognit.* Sed confundunt remunerationem meriti, quæ ex grato animo proficiscitur, cum mercede præstanda illi, qui operas nobis præstitit. Hæc necessitatis est, illa semper voluntatis. Ad hanc jure civili obligamur, ad illam jure naturali. Hanc exigere possumus, illam expectare debemus. Et certe tantum abest, ut actio civilis ad remunerandum bene merita comparata sit, quin potius diserte denegetur in *L. XXV.* §. *XI. de heredit. petit.* & remuneratio pudori saltem ejus, qui bene merita accepit, relinquatur. Præterea lis ipsa de remuneratione excitata exitum non habebit, cum non possit non judex hæsitare, quid quantumve determinandum sit. add. LEYSER. *Spec. CCCCXXXIV. med. X.* Cæterum, ut per bene merita hic singularia intelligamus beneficia, ad quæ quis jure non est obligatus, res ipsa docet. Quic-

Quicquid enim jure ab aliquo exigere possum, id, ut remuneratione compensem, ne naturaliter quidem sum obligatus. Quare consultum non solum erit, ut in instrumento donationis sigillatim exprimatur, quibus meritis donator ad liberalitatem sit commotus STRYCK. *Caut. Contr. Sect. III. cap. IX. §. III.* Sed etiam praeterea nulli dubio obnoxium, quod vera & simplex donatio subsit, si quis officia, quae jure exigere poterat, compensat.

OB ALIQVAM CAVSAM REVOCARI) Varia sunt privilegia, quae in favorem donationum remuneratoriarum sunt introducta. Praeterea enim, quod insinuatione non indigeant, quodque revocari non possint, id quoque statutum, ut praesumantur, BRVNNEMANN. *ad L. XII. §. VIII. Mand.* ut valeant inter conjuges *L. VII. §. II. de donation. inter vir. & uxor.* ut & inter patrem & filium subsistant, ut querelae inofficiosae donationis non subjaceant.

## Aphor. XXIV.

INTER VIRVM ET VXOREM SVNT PROHIBITAE) In cujus prohibitionis ratione genuina detegenda multi sunt, qui frustra desudant. Vera & unica ratio enim alia non fuit, quam quod moribus Romanorum antiquis uxor in potestatem mariti veniret, atque sic fictio unitatis inter conjuges intercederet, ea vero ratione eodem modo, ac donatio inter patrem & filium, inter conjuges donatio esset prohibita, vid. HEINECCIVM *Antiq. Roman. Lib. I. cap. X.* Sed ut ipsa prohibitio so-

ſolummodo ad veras & ſimplices donationes pertinebat, eamque ob cauſam, & donatio remuneratoria *L. VII. §. II. L. XXXII. §. IX. & XIV. de donat. inter vir. & uxor.* ut & donatio mortis cauſa *L. IX. in fin. L. X. Eod.* omnino valebat, ita certe fictione unitatis ceſſante ipſa donatio ſimplex ſubſiſtebat. Indeque procul dubio eſt, quod ejusmodi donatio ante mortem non revocata valeret *L. XIII. §. I. L. XXXII. §. II. L. XXV. C. de donation.* Præterea, ut invalida eſſet donatio, hæc duo conjunctim requirebantur, ut donans pauperior, donatarius vero locupletior eſſet factus. Imo hoc adhuc requirebant, ut donatio eſſet alicujus momenti. Quæ omnia, ſi probe expendamus, nos fere movent, ut ipſam regulam per tot limitationes deſtrui, nec caſum quendam facile exiſtere poſſe exiſtimemus, quo conjux emolumento ex donatione a conjuge facta privetur, niſi quatenus directo in præjudicium tertii tendit, v. c. ſi in fraudem creditorum fiat.

Non fuit factus locupletior) Ut itaque donatio non ſubſiſtat, duo requirunt, donantem factum eſſe pauperiorem, & donatarium locupletiorem. Altero deficiente donatio valida eſt. Sic cum illi, qui rem alienam donat, ex ſuo nihil decedat, hæc donatio minimum conditionem uſucapiendi confert in donatarium *L. V. §. VIII. L. XXV. de donat. inter vir. & uxor.* Deinde ex eodem fundamento conjugem legatum vel hereditatem repudiare poſſe, ut conjugi accreſcat, ex *L. V. §. XIII. L. XXXI. §. VII. Eod.* colligunt.

Et

Et certum sit omnino & evidens, Pomponium JCtum in ista lege opinionem illam suam facere. Sed aperte contradicit Ulpianus in *L. III. §. XIII. Eod.* & Julianus in *L. IV. D. Eod.* & donationem invalidam pronunciant, si donaturum mihi jussissem uxori meæ dare. Quam decisionem crederem illi præferendam esse, cum in effectu idem sit, utrum, quod acquirere possum, remittam, an tantumdem donem. Utut vero alteri ex suo aliquid decedat, alter tamen fieri debet locupletior. Quare subsistit donatio miserationis causa facta *L. IV. L. V. §. I. Eod.* dignitatis consequendæ causa, item ad oblationem Dei *L. V. §. XI. & penult. L. XL. seq. Eod.*

## Aphor. XXV.

DONATIO MORTIS CAUSA) Quorsum etiam in Saxonia Electorali referunt, quando alter conjugum domum vel aliam rem immobilem sua pecunia acquirit, alteram vero de eadem re secum simul investiri curat, wenn sie einander in die halbe Lehn nehmen, und das Grund-Stück zur Helfte in Lehn reichen lassen. Hoc enim peculiare negotium naturam mortis causa donationis sapere, indeque unice conficiendum esse, singulari Dissertat. docuit ROMANUS sub tit. *de dimidia investitura rei immobilis allodialis inter conjuges.*

## Aphor. XXVI.

ANTE MORTEM NON FUERINT REVOCATAE) Revocatio tamen non præsumitur, sed, ut in *L. XXXII. §. IV. de donation. inter vir. & uxor.* statutum est, evidenter apparere debet, defun-

functum revocasse donationem. In dubio enim jura procliviora sunt ad comprobandam donationem. Interim voluntatem revocandi non verbis solum, sed & factis declarari posse, inde apparet, quando *L. XII. C. Eod.* eam ex alienatione rei donatæ colligit. Aliud exemplum vide in LEYSERI *Spec. CCCXII. med. VIII.*

## Tit. XI.

## De Personis, quæ possunt transferre dominium, sive de iis, qui possunt alienare vel non: & per quas personas cuique acquiritur.

### Aphor. I.

CERTA REQVISITA OBSERVANDA) Non alia tamen, quam, quæ in alienatione bonorum pupillorum & minorum leges pro forma præscribunt. Habent enim furiosi & mente capti ubique jura minorum, nec dubium ideo esse potest, quin iisdem solennitatibus bona eorum alienanda sint, quas minorum bonis alienandis adhiberi fas est. WERNHER. *P. III. Obs. XCIII.* Putant tamen nonnulli, subsistere contractus qualescunque furiosi & mente capti absque solennitatibus, si modo negotium judicialiter vel in præsentia consanguineorum aliorumque honestorum virorum expediatur, cum priori in casu præsumtio dilucidi intervalli oriatur, nec temere existimandum sit, judicem rite omnia non ponderasse, causamque debito modo non cognovisse, atque ideo fides judicialis sustineri debeat; in casu autem posterio-

steriori præsentia honestorum virorum omnem præsumtionem, tum temporis furiosum rationis usu caruisse, excludat. At enim vero præsupponendum est sine dubio, constare jam aliunde, quod furor non sit perpetuus, quodque amentia aliquando cessaverit. Quodsi enim contrarium notum est, ista præsumtio pro intervallo vix fundamentum sufficiens habebit. Et sic, nisi alia concurrant adminicula, sola judicialis auctoritas, solaque præsentia honestorum virorum haut operabitur, ut furorem & amentiam, quæ ante & post negotium adest, abfuisse eo solo momento existimemus, quo contractum judicialiter, vel adhibitis aliis honestis viris, celebrabat furiosus & mente captus. Ita respondimus Mens. Novembr. 1736.

## Aphor. II.

Haec enim alienatio revocatvr) per actionem Paulianam, quam Prætor creditoribus maxime chirographariis concessit, qui per alienationem læsi sunt. Ut tamen cum effectu instituere possint hanc actionem, requiritur I) alienationem positivam adesse & aliquid ex patrimonio debitoris in alium translatum esse. Quicquid debitor non acquisivit, utut in fraudem creditorum, huc non pertinet. Quod enim nondum acquisitum est, in eo etiam dominium non competit. Præsupponit tamen alienatio dominium vel jus in re. Soli igitur fisco ob repudiationem in ejus præjudicium factam actio revocatoria conceditur *L. XI. de jure fisci* II) alienationem factam esse animo defraudandi creditores, & debitorem postea solvendo

liberi rerum instar patri omnia acquirerent absque ulla distinctione. Nec enim ullum inter peculium profectitium & adventitium erat discrimen, sed utrumque patri acquirebatur ea ratione, ut ne quidem emancipato filio quicquam esset restituendum. Quam ob rem DIONYSIUS HALICARN. *Lib. VIII. Antiquit.* testatur, liberis Romanorum nihil proprii fuisse vivo patre. Ast successu temporis filiis concessa est sub nomine peculii separatam a patris rationibus pecuniam habendi facultas. Quicquid enim ex militia vel occasione militiæ acquirebant, sibi plene acquirebant. Idem privilegium tributum acquæstui ex militia togata. Prioris peculii jam meminit JUVENALIS *Satyr. ultim.* Posterius memorat Papinianus in *L. LII. §. VIII. pro socio.* Adventitium vero peculium habendi jus jam ex speciali lege filio ab Hadriano & Antonino Pio concessum esse videtur. Conf. *Leg. L. ad Sctum Trebellian. L. LII. de acquir. vel omittend. hered.* Postea Constantinus M. bona materna a patris dispositione excepit, vid. *L. I. C. de bon. matern.* Idem ad nuptialia & sponsalitia lucra extensum in *L. I. L. IV. & V. C. de bon. quæ liber.* Demum Justinianus in *L. VI. C. Eod.* omnem doctrinam de peculio ordine digessit, ut sic res eo rediret; quod filius peculium castrense & quasi castrense pleno jure acquireret, ejusque intuitu pro patrefamilias haberetur, acquæstus ex re patris vel occasione patris ad hunc pleno jure spectaret, adventitii peculii proprietas filii esset, patri autem ususfructus acquireretur. Tandem & filiis jus datum

est,

est, aliunde, quam ex re patris acquisita sibi solis sub nomine peculii adventitii irregularis vindicandi.

## Aphor. IV.

EX RE PATRIS) vel intuitu patris, si v. c. quis patri donaturus filio donet. Idque in dubio semper factum videtur, si filius ejus ætatis nondum sit, ut ejus merita præcedere potuerint. Quod tamen eo extendi posse non credo, tanquam patri etiam pecunia lustrica acquiratur. Quod facit LAUTERBACH. *Compend. Dig. tit. de pecul.* Hic enim satis perspicua est donantis intentio, quod infanti memoriam sui commendare velit. Generatim vero, quando verosimilia adsunt argumenta, infanti magis, quam patri donationem fieri, hic acquæstus ad peculium adventitium erit referendus. Idque, quod ad pecuniam lustricam attinet, usus fori satis confirmat, qui liberis non solum ejus intuitu hypothecam tacitam in bonis patris & quidem a tempore baptismi concedit WERNHER. *P. I. obs. XIX.* CARPZOV. *P. II. Const. XXIV. def. ult.* MEVIUS *P. IX. Decis. LXIII.* Sed & concursu creditorum moto extantem vindicare, consumtam condicere permittit, quod fieri non posset, si pars esset peculii profectitii, add. TITIUM in der Probe des geistl. Rechts *Lib. III. cap. II. §. XXV.*

PATRIS EST) Et sic filio nihil plane juris in peculio profectitio competit, nisi quod administrando industriam exercere, & ex justa causa donare possit *L. VII. pr. D. de donationib.* Eoque nomine inventa est contra patrem actio de peculio, ut pro quantitate peculii eos, qui cum filio intui-

tu

tu peculii profectitii contraxerunt, indemnes præstet. Quæ tamen hodie paulo rarior, quia liberi nostri vix negotiari solent, nisi se simul a patris familia separent. Hoc vero facto, filius ipse, non vero pater de negotiatione sua respondere debet. Ut igitur peculium profectitium pleno jure ad patrem pertinet, ita nec filius unquam hoc peculium suum facit, sed mortuo patre conferre, vivo autem patre emancipatus patri restituere debet. Hoc tamen in posteriori casu est singulare, quod pater, qui non expresse ademit peculium, illud donasse censeatur *L. XXXI. §. II. D. de donation.* Eaque omnia hodie apud nos usu etiam servantur. Illud autem, quod ex *L. III. §. IV. D. de minor.* jus singulare deducunt, filium nempe, publicatis bonis patris, præcipuum habere peculium profectitium, hodie vix usum habebit, siquidem poena confiscationis hodie non nisi in crimine perduellionis frequentetur, hoc vero casu poena etiam liberos perduellium teneat, WISSENBACH. *ad Digest. P. I. Diss. XXIX. §. XVII.*

## Aphor. V.

VSVMFRVCTVM PATRI ACQVIRIT) Isque, cum legalis sit *L. VI. pr. C. de bon. quæ liber.* hoc efficit, ut pater non a cautionis solum præstatione immunis si, sed ejus jus quoque ita radicatum, ut ipsi nulla interverti possit ratione, quod ad bona attinet, quæ liberis a matre necessario relinquenda sunt. Nov. *CXVII. cap. I.* AVTHENT. *Excipitur. C. de bon. quæ liber.* Ut sic ne gravamen quidem legitimæ bona mente illatum eum effectum habere possit, ut patri ususfructus intuitu legitimæ adimatur,

quem

quem alias ratione bonorum extra legitimam restringere fas est. BERGER. *Resol. Lauterbach. p m. 241.* BRUNNEMANN. *ad L. XXV. C. de inoffic. testam.* Competit autem hic ususfructus patri vi Patriæ Potestatis. Indeque est, quod Jure Romano duret ad dies vitæ *L. IV. C. de bon. quæ liberos*, quodque e contrario emancipatione amittatur *L. fin. C. ad Sctum Tertull.* nisi quod pater in præmium emancipationis dimidium ususfructus retinere possit §. *II. J. per quas person. cuique acquiritur.* Quod hodie tamen vel ideo applicari nequit, quia Patria Potestas onere educandi absolvitur, & sic ususfructus etiam ad hoc onus sese refert, eamque ob rem, simulac liberi ex patria potestate exeunt, omnia bona ipsis restituenda sunt Land-Recht *Lib. I. art. XI.* Ut mirum omnino sit, quando Doctores, quo Juris Romani vigorem in hoc argumento conservent, inter emancipationem expressam & tacitam distinguunt, & illius intuitu Juris Romani dispositionem admittunt. vid. BERGER. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. II. §. XXXIII. n. 9.* cum tamen Germani nunquam patri eam tribuerint potestatem, quæ Romanis propria erat, emancipatio præterea moribus nostris plane non conveniat, & demum clara lex de restituendis bonis adsit, hæc vero ipsa optima illa ratione innitatur, quod ususfructus patri in compensationem alimentorum cedat, add. THOMASII *Diss. de quasi emancipatione Germ.* Quo vero argumento de peculio adventitio faciamus satis, id addamus necesse est, patri præter usumfructum quoque competere

petere legitimam administrationem *L. fin. §. III. C. de bon. quae liber.* Sed cum hujus administrationis indolem supra jam ad *tit. XVIII. aphor. I.* investigaverimus, hoc loco solum monemus, facultatem disponendi de bonis adventitiis, eaque ob necessitatem vel utilitatem alienandi, ultra casus in lege expressos, non esse extendendam. Diserte enim *L. VIII. §. IV. & V. C. Eod.* extra caussas enumeratas alienationem tam stricte prohibent, ut dubium superesse nequeat, quin nullitate laborent, quae pater peculii adventitii intuitu invitis legibus gessit, filiusque sui juris factus alienationem revocare possit. Nec placet limitatio BRUNNEMANNI *ad L. I. C. de bon. matern. n. 14.* quod filius patris heres factus alienationem hanc ratihabere, factumque patris agnoscere debeat, cum obligatio heredis neutiquam eo extendi possit, ut & ea, quae nulliter gesta sunt, valida esse sinat. Et ita responderunt Scabini Jenenses Mens. Nov 1736.

PLENA PROPRIETAS AD FILIUMFAMILIAS PERTINET) Quod vocant peculium adventitium irregulare. Hoc vero, cum ad filium pleno jure spectet, patris dispositioni plane non subest, sed minorenni filio peculiaris tutor vel curator constituitur, qui administrationem suscipiat. Volens tamen pater suscipere quidem potest administrationem, sed nullis ideo privilegiis est munitus, cum potius ad ea omnia obligetur, ad quae alias tutor vel curator administrans est obligatus.

A PRINCIPE, EJUSVE UXORE) Verum ex allegata *L. VII. C. de bon. quae liber.* aperte con-

ſtat, donata a Principe referri ad peculium caſtrenſe. Multum vero intereſt, cui ſpeciei ea annumeres, cum de peculio caſtrenſi filio teſtari liceat, non de adventitio irregulari HVBER. *ad Dig. tit. de pecul.* §. *II. in fin.*

## Aphor. VI.

ARMATAE MILITIAE) Illum tamen acquæſtum intellige, qui militiam inſtruit. Ea vero qualitas in bona immobilia non cadit. Quare in ſe nec peculio caſtrenſi accedunt. Quia tamen peculium pro univerſitate habetur *L. XX.* §. *X. D. de heredit. petit.* in univerſalibus vero res in locum pretii ſuccedit, juris etiam eſt, ut per indirectum res ex peculio caſtrenſi emta eodem jure, quo ipſum peculium, cenſeatur *L. I. C. de caſtrenſ. peculio.*

PLENO JVRE AD FILIOS PERTINET) Id eſt, filius hujus peculii intuitu habetur pro patrefamilias, utitur jure ſeparationis *L. VII. C. de caſtrenſ. pecul. L. I.* §. *IX. D. de ſeparation.* gaudet beneficio competentiæ *L. VI. & XVIII. de re judic.* oneri collationis hoc peculium non ſubeſt *L. I.* §. *15. D. L. fin. C. de collat.* filius cum patre ejus intuitu agit *L. IV. D. de judic.* Verbo, & proprietatem & uſumfructum cum liberrima diſpoſitione inter vivos & mortis cauſa habet *pr. J. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. L. III. C. de caſtrenſ. pecul.* Unica differentia inter peculium caſtrenſe & quaſi caſtrenſe, hæc eſt a modo teſtandi deſumta, quod de illo filiusfamilias jure militari omiſſis ſolennitatibus, de hoc non niſi jure communi,

&

& secundum normam a legibus præscriptam testetur. §. *VI. J. de militar. testament.*

## Aphor. VII.

DOMINIS SVIS ACQVIRVNT) Cum Auctor noster de acquæstu per servos & liberos nimis vage loquatur, confusionis evitandæ causa sequentes propositiones sollicite sunt distinguendæ. 1) Verum est, patrem per liberos, dominum per servos, ut & dominum jurisdictionalem per homines proprios acquirere. II) Falsum est, id indistincte fieri. III) Falsum est, acquæstum, qui Germanis cognitus est, cum acquæstu Romanorum convenire. Nam liberi utrique parentum operis suis acquiruut, quamdiu in familia paterna vivunt. Homines proprii domino jurisdictionali acquirunt per operas & præstationes tam personales, quam reales, Servi nostri vi pacti dominis acquirunt operis suis, quamdiu in famulitio sunt. Omnis itaque acquæstus in Germania absolvitur emolumentis, quæ ex operis proveniunt, ad quas præstandas vel filius, vel servus ob peculiarem societatis paternæ vel herilis nexum, homo vero proprius ob vinculum, quo prædio domini adstringitur, obligatus est. Id, quod præterea acquirunt sive ex contractu, sive ex testamento, sibi solis acquirunt. Inde vero patet, quam late acquæstus Germanorum a Romanorum discedat, siquidem apud Romanos dominium patris & domini, quod liberorum & servorum intuitu exercebant, hos in ea conditione vivere jubebat, ut nil proprii unquam habere possent, sed iidem ipsi omne lucrum, sive ex stipulatione

tione, & donatione, ſive ex legato vel teſtamento, obveniret, patri vel domino relinquere debebant. Nec alia ſervorum unquam conditio fuit, liberorum vero conditionem poſtea meliorem factam eſſe, ex iis, quæ ſupra monui, colligere licet.

## Aphor. VIII.

NOBIS ACQVIRATVR) Romanis olim vix alius acquæſtus, qui ex facto tertii provenerit, cognitus fuit, quam ſi perſona tertia acquirentis juri eſſet ſubjecta. Cæterum regulam ſervabant; per extraneam perſonam liberam nihil acquiri poſſe, nullamque, niſi inter ipſos contrahentes, naſci obligationem *§. IV. J. de inutil. ſtipulat. L. III. C. Eod.* Quapropter vel fictione quadam utebantur, eum, qui acquireret, dominum eſſe. Idque uſu veniebat in tutore, & procuratore, vid. BÖHMERI *Diſſert. de dominio litis*, vel ceſſione jus ab alio acquiſitum in alium transferendum eſſe credebant. Verum hanc ſubtilitatem Germani ante receptionem Juris Romani feliciter ignorarunt, & adhuc hodie ignorant, ut ſic noſtris moribus plane non conveniat, ſed tertio etiam inſcio & ignoranti per tertium obligatio & actio valide acquiratur SCHILTER. *Exercit. XXXIII. th. XXXI.*

# Tit. XII.

# De dominii natura & effectu ejusque diviſionibus, ac in ſpecie Emphyteuſi & ſuperficie.

## Aphor. I.

POTISSIMVM CONSISTIT) Imo potiſſimum conſiſtit in facultate, rem ſuam a quovis

vis possessore vindicandi, cum, ut Auctor noster ipse fatetur, reliqui effectus dominii, quæ naturam ejus solum constituunt, salva dominii essentia abesse possint. Idque nos ipsi supra jam probatum dedimus.

## Aphor. II.

VEL RESTRICTA) Ista restrictio, qua dominus facultate disponendi de re sua, eam transmittendi ad heredes cujuscunque generis, & omnem utilitatem ex re percipiendi, vel in totum vel pro parte, privatur, ex triplici fonte dependet. Vel enim lex restringit. Cujus rei exempla occurrunt in alienatione bonorum pupillorum & minorum, Ecclesiasticorum, civitatis, prodigorum, rei dotalis, obærati debitoris, &c. Vel pacto interveniente, dominus juribus suis renunciat, eorumque tertium participem reddit. Quod facile probatur exemplo feudi, emphyteuseos, superficiei, unionis prolium, pactorum successoriorum. Vel testator effectus dominii limitat. Idque fit v. c. in fideicommissis familiæ, vel etiam, quando proprietatem & usumfructum dividit. Præterea vero in restrictione effectuum dominii vel id agitur, ut alter omnem proprietatem retineat, nec tamen reliquis dominii effectibus utatur, vel id etiam agitur, ut alter partem solum proprietatis, eamque nudam, habeat, alter vero partem proprietatis cum emolumento consequatur. Quod fundamentum est distinctionis dominii in plenum & minus plenum, directum & utile, cujus naturam & differentiam jam supra ad *Tit. I. Lib. II.* perscrutati sumus. Resque

 omnis

omnis eo redit, quod dominus directus ex sua parte dominium utile, dominus utilis ex sua parte dominium directum intervertere nequeat, neve hoc fiat, & dominus directus potius jus suum conservet, dominus utilis certas præstationes in se recipiat, quibus ipsis fatetur, dominum directum partem proprietatis sibi retinuisse.

## Aphor. III.

EMPHYTEVSIS) Ut in quovis negotio probe ab invicem distinguenda veniunt essentialia, naturalia, & accidentalia; ita & in Emphyteusi hæc invicem discernere maximam habebit utilitatem. Sunt autem essentialia, quæ dant esse rei, id est, efficiunt, ut negotium hoc, non aliud adsit, ipsum negotium ideo ab aliis distinguunt, & formam ejus constituunt. Quare necessario & præcise adesse debent, si vero desint, negotium in aliam speciem degenerat. Naturalia sunt, quæ regulariter adesse præsumuntur, nec prius absunt, quam pacto contrario abesse jubeantur. Accidentalia nunquam adsunt per se, sed pactis efficiendum est, ut negotio accedant. Ad essentialia itaque Emphyteuseos pertinet I) ut Emphyteuta fiat dominus utilis, II) & quidem rei immobilis, III) legem meliorationis in se recipiat, IV) Canonem uniformem in recognitionem dominii directi solvat. Ex priori fluit, quod jus domini directi disponendo vel alienando non possit intervertere, quod tamen jus habeat rem a quovis possessore vindicandi, jus etiam, omnem utilitatem ex re vi dominii percipiendi, quodque præterea Emphyteusin nemo con-

stituere

stituere possit, nisi qui ipse dominium habet. Ex secundo fluit, quod Emphytheusis non constituatur in re mobili. Ex tertio recte infertur, quod omnis res, quæ culturam recipit, in Emphyteusin dari possit, quod Emphyteuta impensas meliorationis causa factas ex suo subministrare debeat, quod jus suum ob deteriorationem fundi amittat. Ex quarto denique facile deducitur, quod canon difformis Emphyteusi obsit, quod fructibus non sit proportionatus, sed in re minima consistere possit, quod canonis solutio non sit divisibilis, quod quilibet Emphyteuseos sit capax, qui canonem exsolvere, & dominium recognoscere potest, quod cessatio solutionis canonis nexui inter Dominum Emphyteuseos & Emphyteutam sit adversa. Ad naturalia Emphyteuseos inter alia pertinet, 1) ut ad heredes quoscunque transeat, 2) ut laudemium Emphyteuta pro receptione solvat, ubi id consuetudine est introductum. Alias enim laudemii præstatio ad accidentalia magis pertinet.

## Aphor. IV.

AGER ET DOMUS) Olim solum in agris civitatum publicis, & quidem incultis. Habet enim Emphyteusis originem ab instituto Romanorum, quo agros devictarum gentium provincialibus sub lege meliorationis cum onere exsolvendi canonis in recognitionem dominii concedebant. Postquam autem Zeno Imperator ipsum hoc negotium in certam formam redegerat, privati quoque agros remotiores in Emphyteusin dare solebant. Quod post varia temporum intervalla ad omnes agros etiam satis cultos, imo & ad prædia urbana tra-

ctum est. vid. PETR. BVRMANNVM *de vectigal. popul. Roman.* SCHILTER. *Exerc. XVI. th. LXXVI. seqq.* STRYCK. *us. Modern. D. tit. si ager vectigal. petat. §. III.*

CONSTITVITVR HOC JVS) Ut Emphyteusis jus reale producat, hæc tria conjunctim adsint, necesse est. Primo legitima constitutio aut per titulum dominii translativum, aut per ultimam voluntatem. Secundo nexus Emphyteutici, interveniente contractu Emphyteutico, introductio. Tertio rei Emphyteuticæ traditio. Prius enim non sufficit, quia titulis dominii translativis id magis inest, ut res pleno jure in alium transferatur, quam, ut accipiens dominium tantum utile acquirat. Alterum nondum sufficit, quia ex contractu obligatio solum personalis ad rem tradendam nascitur, jus autem reale non transfertur. Ergo præterea traditio accedat, ut Emphyteuta dominium utile acquirat.

CONTRACTV EMPHYTEVTICO) qui, ut suo loco videbimus, contractibus consensualibus annumeratur, atque sic ad sui essentiam scripturam, quamvis hæc conventione partium formalibus negotii annumerari possit, non requirit. Nec aliud ex *L. I. C. de jur. Emphyteut.* evincitur, cum verba textus enunciativa, non dispositiva, esse per se constet. Nullum etiam fundamentum habet distinctio inter Emphyteusin secularem & ecclesiasticam, si scripturæ necessitatem considereς, cum sententiam illam, in Ecclesiastica minimum emphyteusi scripturam ad formam negotii pertine-
re

re *Novell. VII. pr.* Novell. *CXX. cap. V.* parum juvet. Sed omnis hæc de scriptura in Emphyteuseos constitutione adhibenda doctrina ex confusione jurium Roman. & Germanicorum promanasse videtur. Germanorum enim moribus invaluit, ut fere de re immobili in alium transferenda nunquam consensum interponerent, quin simul probationis causa accederet scriptura.

Praescriptione acqviritvr) Quæ præscriptio, ut omnibus requisitis, quæ alias præscriptioni locum faciunt, munita esse debet, ita quoque sigillatim præsupponit, possessorem, ut emphyteutam, fundum possedisse; quod an præsumi possit, si per tempus lege definitum canonem uniformem, qui cum fructibus non habet proportionem, exsolvit, inter Doctores non convenit. Nos Mevio quidem, qui in *Decis. CLXXXVIII. P. III.* ex sola solutione canonis uniformis emphyteusin induci negat, accedimus, cum & pro agro locato canon uniformis præstari possit. Quodsi vero canon iste fructibus non sit proportionatus, prægnantem pro Emphyteusi oriri præsumtionem, omnino credimus, cumprimis, quia in hoc uno fere Emphyteusis ab aliis bonis censiticis & conductis sese distinguat add. Wernher. *P. IV. obs. LXXXVI.* Quod in Saxonia Elector. per Constit. Elect. *XL. P. II.* expressa lege statutum. Quare, ne domino agri ista præsumtio aliquando obstet, neve illi probatio, agrum potius conductum esse, desit, id agat, ut statis temporibus canonem augeat vel minuat. Ejusmodi enim difformitas id efficit, ut, conducta

magis, quam Emphyteutica prædia esse censeantur WERNHER. *P. I. obs. LXXV.* Quam bene autem sibi ista ratione dominus agri consulat, inde facile patet, quia prædia emphyteutica revocari nequeunt pro lubitu, bene vero prædia conducta SCHILTER. *Pr. Jur. Rom. Exerc. XVI. §. LXXXVI.* SECKENDORF im Teutschen Fürsten-Staat *P. III § II. §. V.*

## Aphor. V.

LEGITIMIS SVCCESSORIBVS) Hoc tamen naturale solum esse, & pactis mutari posse, & nos supra diximus, & Auctor recte monet. Verum in Emphyteusi Ecclesiastica thesis invertenda est. Hujus enim natura non patitur, ut ultra nepotes extendatur successio NOVELL. *VII. cap. VII. pr.* Atque ideo peculiari pacto opus est, ut in perpetuum duret NOVELL. *LV. & CXX. cap. VI.* AVTHENT. *perpetua C. de SS. Eccles.* Ratio vero ipsa, quod Emphyteusis secularis ad omnes heredes transeat, partim ex voluntate legislatoris, partim inde petenda est, quia omnis Emphyteuta, cujuscunque sexus vel qualitatis sit, ex solutione canonis dominium recognoscere potest. Quo ipso luculentum simul sese inter feuda & emphyteusin sistit discrimen, cum in feudo regulariter illi solum succedunt, qui a primo acquirente descendunt, & qui pacto sibi prospexerunt. Feudum tamen non statim subesse, etiamsi emphyteusis concessa sit zum Lehn, recte monet LEYSER. *Spec. CII. med. VII.* Vox enim Lehen adeo late patet, ut omnia bona, quæ quis alterius beneficio possidet,

det, qui sibi in concessione jus aliquod reservavit, sub se comprehendat HORN. *Jurispr. Feudal. cap. II. §. III.* Imo licet investituræ actus, die Belehnung accedat, feudum non statim adest, cum & de censiticis & emphyteuticis prædiis investitura fieri soleat, vid. late LUDWIGII *Jus Clientel. Germanor.* STRUVII *Syntagm. Jur. Feud. c. II. §. X. n. 3.*

## Aphor. VII.

EMPHYTEUTAE JUS IN EO CONSISTIT) Facile, quid Emphyteutæ in re emphyteuticaria juris competat, & quænam incommoda eum sequantur, ex natura dominii utilis deduxeris. Vi dominii enim rem vindicat, de eadem disponit tam inter vivos, quam mortis causa, eam ad quoscunque generis heredes transmittit, omnia emolumenta ex eadem ipsa percipit tam ordinaria, quam extraordinaria, sed & onera vi correlatorum subit, imo & casum, ut dominus, sentit, sterilitatem solus fert. Quemadmodum autem dominium utile indicat, adesse alium dominum, qui partem proprietatis sibi retinuit, sic ipse emphyteuta proprietatis partem sibi concessam ita exerceat, ne jus domini directi pereat. Quo fit, ut ejus dispositio de Emphyteusi sit restricta, nec effectum habeat, intuitu domini directi, cujus consensus deest. Sed & dominium utile præsupponit, rem adesse, quæ commodum affert. Quare si tota res Emphyteuticaria perit, cessat dominium utile, & cessat etiam procul dubio obligatio onera ferendi, atque dominus magis directus omne damnum fert. *L. I. & II.*

*C. de*

*C. de jur. emphyteut.* Addunt alii, hanc obligationem expirare, si emphyteuta re emphyteutica plane non potuit uti v. c. propter bellum BRUNNEMANN. *ad d. L. I. C. Eod.* quod in se spectatum ratione non caret, cum res sic civiliter minimum extincta sit, rei vero extinctæ dominium recognosci nequeat. Sed æquitas omnino suadet, ut dispiciamus, an usus rei in perpetuum, an vero ad tempus solum intercipiatur. Posteriori enim in casu damnum adhuc Emphyteuta ferre debet.

## Aphor. VIII.

DOMINI CONSENSUS QUIDEM SIT REQUIRENDUS) Cujus dispositionis ratio ex antea dictis constat. Consistit enim in interesse domini, cui invito neque dominium directum interverti, neque novus emphyteuta obtrudi potest, maxime cum justas dissentiendi dominus habere possit causas, quare novum emphyteutam non admittat. Utut enim domino integrum non sit, ipsam alienationem dissensu suo irritam facere, cum jus alienandi, salvo semper jure suo, emphyteutæ concesserit, in novo tamen Emphyteuta occurrere possunt qualitates, quæ eum inhabilem reddunt, ut contractui emphyteutico satisfaciat. Et sic juris omnino est, quod emphyteuta in omnibus alienationibus consensum domini requirere debeat, etiamsi non vendat, sed donet, permutet, in dotem vel in solutum det. Qui enim istam consensum requirendi necessitatem ad emtionem venditionem restringunt, vim inferunt claræ *Leg. III. C. de jur. Emphyteut.* dispositioni generali, dumque ad leges Pan-

Pandectarum provocant, obliviscuntur certe, antiqua ista jura per leges Codicis esse sublata. vid. VINNIUM *Select. quæst. jur. Lib. II. cap. II.* LEYSER. *Spec. CV. med. II.* Nolumus tamen cum iis litigare, qui in alienationibus, extra casum venditionis, denunciationem domino solum in vim simplicis certiorationis fieri autumant, quo de novo emphyteuta deliberare possit, cum nobis sufficiat, emphyteutam irrequisito domino alienare non posse. Quod autem alienationem per emtionem venditionem attinet, peculiaris adhuc ratio adest, cur domino prius denuncianda sit. Leges enim domino concedunt jus Protimiseos, ejusque arbitrio relinquunt, utrum eo intra duos menses a tempore denunciationis uti velit. *L. fin. C. de jur. Emphyteut.* Et hoc jus, sicuti domino solum competit, quando emtio venditio extraneo fit. BERGER. *Oec. Jur. Lib. III. Tit. V. §. XIV. not. 2.* cum eorum intuitu, qui in Emphyteusi ex natura contractus succedunt, ejusmodi alienatio proprie non sit alienatio, sed juris jam competentis anticipatio, ita nec extra casum venditionis unquam exerceri potest. Ita enim allegatam *L. fin. C. de jur. emphyteut.* recte explicat BACCHOVIUS *ad Treutler. Vol. I. Disp. XXIX. §. XIII. lit. E.* & a dubiis aliorum vindicat FRANZKIUS *de Laudem. cap. IX. n. 90. seq.* Nam ex ipsa lege apparet, domino impositam esse necessitatem, ut easdem conditiones præstet, quas ille recepit, in quem emphyteusis transfertur. Facile vero patet, id in reliquis alienationibus, si permutatio, donatio, dotis datio, inter-

intercedit, fieri non posse. Semper enim hic alienantis interest, quis rem accipiat. In sola emtione venditione pretium solum attenditur, & perinde est, quis illud solvat. Conf. BERGER. *Elect. Discept. Forens. Supplement. ad. P. II. p. 1236.*

## Aphor. IX.

ABSQVE CONSENSV DOMINI) Per pignoris enim constitutionem domini jus non intervertitur. Et quamvis alienatio sequi possit, salvum tamen manet jus domini emphyteutici, extraneum excludendi, & pretio soluto fundum sibi iterum vindicandi. Ut sic nihil interesse possit, sive emphyteuta sponte sua & ex voluntate, an coactus & ex necessitate fundum alienet. Interim hoc negotium neutiquam eo extendendum, ut dominus non consentiens obligetur ad reluendum pignus, si emphyteusis ad eum revertitur. Juris enim est, ut resoluto jure dantis jus etiam accipientis expiret, quod expressis verbis ratione pignoris in emphyteusi constituti approbat *d. L XXXI. D. de pignor.*

## Aphor. X.

LAVDEMIVM SOLVERE TENETVR) Est igitur laudemium certa pecunia pro receptione novi emphyteutæ domino ex consuetudine plerumque, nonnunquam ex pacto exsolvenda. Omne itaque fundamentum laudemii ex consuetudine vel pacto dependet. Nec ideo ad certam regulam redigi possunt casus, in quibus debetur, nec quantitas ubique eadem est, nec ratione personarum, quæ laudemium præstant, jura conveniunt. Aliquando mutato solum emphyteuta, alibi etiam muta-

to

to Emphyteuseos domino exsolvitur. Alibi ob alienationes inter vivos, alibi ob successionem vel testamentariam vel legalem præstatur. Mox in majori summa mox in minori summa pro singulis centenis solvitur. Merito itaque ad statuta localia, observantiam & intentionem paciscentium est respiciendum. Id generale est, quod a casu ad casum in dubio non possit extendi, sed ubique strictam interpretationem desideret, WERNHER. *P. III. obs. XCII.* quod, quia pro receptione & investitura solvitur, non debeatur, nisi novus possessor receptus, investitus & possessio in eum translata sit. WERNHER. *P. V. obs. XCVI. P. VI. obs. CCCCLVI.* quod in determinanda laudæ laudemii quantitate pro singulis centenis, si emtio venditio interveniat, pretium rei, de quo partes convenerunt, spectandum, BERGER. *Elect. Discept. forens. p. 1325.* &, si simulationem intercessisse præsumi possit, juramento veritas indicanda sit. FRANZKIVS *de laudem. cap. XXIV. n. 29.* In reliquis alienationibus spectatur æstimatio, quæ nunc est CARPZOV. *Lib. I. Resp. XC.* BERGER. *Oec. Jur. p. 701. n. 10.* quod porro in eadem moneta sit exsolvendum, in qua pretium ex determinatione contrahentium solutum *Lib. fin. C. de jur. Emphyteut.* Denique, quod in alienationibus necessariis & sub hasta ob æs alienum factis cesset, partim, quod emtor jure obstringi nequeat, ut plus solvat, quam promisit, partim, quod venditor hic de damno vitando certet. LEYSER. *Spec. CIV. med. VIII.* Cæterum integram de laudemio

mio doctrinam exhausit FRANZKIUS *pecul. tract.* Conferri tamen etiam merentur, quæ de Jure Germanico in hoc argumento edisseruit BEYER. *Jur. German. Lib. I. cap. XXIII.*

## Aphor. XI.

RENVNCIATIONE SEV CESSIONE) Renunciationem, cessionemq; emphyteuseos, cui similis est derelictio, invito domino fieri non posse, Auctor ait. Et sic ex ejus suffragio Emphyteuta jus prædium emphyteuticum refutandi, vel deserendo prædium se ab obligatione præstandi canonem liberandi, non habebit. Quod etiam, sufficientem habere videtur rationem. Nam, qui, dum contrariam opinionem defendunt, argumentum ab exemplo, nempe a refutatione feudi, quæ invito etiam domino fieri potest, desumunt, negare non possunt, emphyteusin & feudum non in omnibus convenire. Præterea tritissima res est, neminem invita altera parte ab obligatione personali recedere posse. Lex vero, quæ hanc facultatem emphyteutæ concederet, deest. Sed Praxis nihilosecius cum SCHILTERO *Exerc. XVI.* §. *LXXXVIII. seq.* sententiam Auctoris opinioni contrariam amplectitur, & unicum casum, si fundus a fisco in emphyteusin acceptus est, ex *L. III. C. de fund. patrim.* excipit.

## Aphor. XIII.

SI CANON NON SOLVATVR) Canon, ut diximus, signum est, plenum dominium in Emphyteutam non esse translatum. Ejusque exsolutio jus domini directi conservat. Quare solutio-

tionis canonis cessatio non potest non in contemtum domini vergere. Atque ideo jura constituere, ut, qui in exsolvendo canone negligens esset, emphyteusi privaretur. Ut tamen hæc poena locum habeat, primo requiritur, ut emphyteuta vel dolose, vel ex crassa negligentia, canonis solutionem deneget. Sola culpa per se privationem non operatur. Multo minus poena locum habet, quando justam Emphyteuta intermissionis allegare potest causam, v. c. sterilitatem, incendium, aliumque casum fortuitum. LEYSER. *Spec. CIII. med. II. seqq.* Eodem modo cessabit, si Emphyteuta exceptione compensationis tutus est. Deinde requiritur, Emphyteutam solutionem canonis in totum intermittere. Quodsi partem solvat, expelli nequit. Est enim ratio expellendi Emphyteutam non interesse aliquod pecuniarium, sed contemtus domini directi, & malitia Emphyteutæ, qui differendo vel denegando solutionem jus domini directi intervertere velle creditur. CARPZOV. *P. II. Const. XLVIII. def. IV.* BACCHOV. *ad Treutler. Vol. I. Disp. XXIX. §. XII. lit. B.* Qui vero partem solvit, eo ipso dominium recognoscit, seque in ea causa non esse, ut jus domini directi intervertere studeat, aperte declarat.

NEC POTEST PROPRIA AUCTORITATE EXPELLERE) Non itaque ipso jure amittitur emphyteusis, sed actione privatoria opus est, & sufficienti causæ cognitione, cum expediti juris sit, ut prius inquirere debeat judex, solutio, utrum ex dolo, an ex culpa, utrum ex contemtu, an ex

justa causa, cessaverit. Ipsa vero actio cum ad vindicandam injuriam tendat, non heredibus solum domini, si hic ante declarationem mortuus sit, non competit, sed etiam ab Emphyteuta, per oblationem canonis & moræ purgationem, impediri potest. Imo ipse dominus, qui post actionem jam institutam canonem ejusque partem accipit, injuriam tacite remisisse censetur, nisi sit protestatus. *L. XVII. §. VI. D. de injur.* GOTHOFREDUS *ad L. XI. §. I. Eod.*

## Aphor. XIV.

MELIORATIONES REPETERE) Si nempe Emphyteusis culpa Emphyteutæ finitur. Sin citra ejus culpam, & commodum in dominum redundet, hic, ne cum alterius damno fiat locupletior, Emphyteutam indemnem præstare debet. Ut ut vero meliorationes repetere nequeat Emphyteuta, qui semel in actione privatoria succubuit, potest tamen ex capite deteriorationis conventus a poena privationis se liberare, si ex altera parte res melior extet. Tum enim deteriorationes cum meliorationibus recte compensat. *L. XI. in fin. de negot. gest. L. XLV. §. XII. de jur. fisc.*

## Aphor. XV.

POSSESSORI NIHIL PROSIT) Cujus opinionis fundamentum denuo aliunde non repetendum, quam quod canon exsolvatur in recognitionem dominii, quæ ipsa est individua. VOETIUS *ad tit. D. si ager vectig. §. XXXVIII.*

Aph.

## Aphor. XVI.

DIFFERT AB EMPHYTEVSI CENSVS) Isque est vel reservativus vel constitutivus. Ille dicitur, quando quis in venditione rei suæ, pleno jure in alium translatæ, censum reservat, annuatim præstandum. Invaluit vero ea ratione, ut qui prædii sui, quantumvis boni, ob pretii magnitudinem non inveniret exoptatum emtorem, emtori, qui vilius pretium offerret, rem ea lege pro viliori pretio venderet, ut quotannis censum in compensationem lucri solveret. Hic est, quando quis certam pecuniæ summam alteri ea lege vendit, ut quotannis loco usurarum certum censum exsolvat. Et hunc censum mutuum palliatum continere, facile patet. Natales vero debet piis Clericorum fraudibus, qui prohibitionem Juris Canonici de non sumendis usuris novo hoc nomine eludebant. Ipsum enim negotium, quo census constituitur, merito mutuum, venditorem pecuniæ creditorem, ejus denique emtorem debitorem dixeris. Nec dubitarunt ideo Legislatores nostri, quin in ORDINAT. POLITIC. *de anno 1548. tit.* von wucherlichen Contracten, ea, quæ de mutuo reperirent constituta, ad contractum hunc censiticum applicarent, eundemque poenis usurariæ pravitatis subesse statuerent. Cæterum posterioris generis census sæpe ita constituitur, ut rei debitoris, perpetui oneris instar, inhæreat, nec unquam redimi possit, ipsæque leges adeo ejusmodi negotio favent, ut creditori, orto super facultatibus concursu, jus prioritatis præ aliis concedant,

& annuos census in prima classe exsolvi jubeant. Quod jus singulare exorbitans merito dixeris, & cum gravi aliorum creditorum damno conjunctum. Ex qua causa id ipsum procul dubio sustulit Elector Saxo in ORDINAT. PROC. RECOGN. *Tit. XLII. §. VIII.*

CADVCITATIS POENA LOCVM HABET) Potest tamen in locum poenæ caducitatis pacto alia poena substitui, & consensu partium effici, ut census fiat promobilis, daß der Zinßmann Rutscher Zinß geben muß. Cujus indoles ea est, ut census ob moram censitæ in dies crescat, & canon v. c. unius Imperialis certo die exsolvendus secundo post moram die duorum, tertio die trium Imperialium sit. Meminit hujus census JVS PROVINC. SAXONIC. *Lib. I. art. LIV.* Hodie paulo rarior est, CARPZOV. *P. II. Constit. XXXVIII. def. XXV.* locum tamen habet in quibusdam Westphaliæ locis. vid. ESBACH *ad Carpz. d. l.* & add. ADRIAN. BEIERI *tr. de censibus promobilibus.*

BONA CENSITICA) id est ejus generis bona, quorum penes possessorem plenum dominium est. Sunt enim in Germania præterea bona censitica, quorum dominium penes concedentem manet, ab ipsis bonis Romanorum emphyteuticis distinguenda, & ex pactis inter dominum concedentem, & possessorem initis dijudicanda. Ab antiquis enim temporibus mos invaluit apud nostrates, ut domini jurisdictionales servis manumissis & rusticis prædia sua, sub onere certi census exsolvendi uten-

utenda fruenda, concederent. Quod cum fieret vel ad tempus, vel in perpetuum, occasionem dedit distinctioni inter prædia censitica simplicia, sive revocabilia, & hæreditaria, sive perpetua. Ipseque porro census aut fructibus erat proportionatus, aut non. Id si fiebat, prædium sigillatim vocabatur lassiticum, ejusque usus plerumque ad certum usque & determinatum tempus concedebatur, nec a prædio conducto multum differt. Census vero, qui proportionem cum fructibus non habebat, in prædiis locum sibi vindicabat, quorum usum dominus absque temporis mentione concedere solebat. Isque tam varia ratione prædiis impositus est, ut innumera prædiorum censiticorum diversissimæ naturæ enata sit multitudo. Conf. ZIEGLER. *de prædiis censitic. ruralib.* & add. LVDVVIGII *Jus Clientel. in German.* In hoc autem omnia ista prædia olim convenere, quod censita præter jus utendi fruendi nihil juris in iis consequeretur. Peculiaris tamen ususfructus Germanici natura, quem de proprietate aliquid sibi vindicasse, & dominio, quod utile vocant, fere similem fuisse, alibi dixi, post temporum intervalla effecit, ut Doctores Juris Romani, patriarum rerum incuriosi, ea, quæ de Emphyteusi Romana disposita sunt, ad prædia Germanorum censitica applicarent, horumque naturam plane singularem ita obscurarent, ut vix amplius ab Emphyteusi possint distingui. Quod argumentum ipse latius prosecutus sum in *Introduct. ad Jus Saxon. P. III. Sect. II. Ex. III.* per tot.

## Aphor. XVII.

JVS SVPERFICIEI) Vt clarior fiat indoles superficiei, ejusque ab Emphyteusi differentia, cum leges alias eandem poteſtatem, easdemque actiones superficiario ac emphyteutæ attribuant *L. XVI. §. ult. D. de pignorat. action.* etiam contra ipsum dominum *L. I. §. I. si ager vectigal.* junct. *L. I. §. IV. D. de superficieb.* definitionem juris superficiei rectius ita formabis, quod sit dominium utile competens in eo, quod fundo alieno inædificatum vel impositum est. Nam inde apparet, dominium hic ita esse divisum, ut dominus soli plenum retineat dominium in ipso solo, nec in hoc superficiario ullum competat jus, nisi quatenus superficiarius solo ad superficiem habendam indiget. Neque enim jus in solum superficiario simpliciter concedere, neque absolute denegare possumus. Cum eo in casu non posset consequens esse, quin superficiario jus esset omnia emolumenta ex fundo percipiendi, quod tamen nemo serio affirmabit, hoc autem in casu superficies ipsa inutilis futura esset. Certe qui in solo suo aliquid ædificari, vel illi aliquid imponi permittit, permittit simul fodere, infigere, plantare, fundamentum ponere, idque indoli negotii competit. Cæterum, qui superficiem concedit, jus solum concedit, omnia emolumenta ex eo, quod solo inædificatum vel impositum est, percipiendi, eoque utendi eo fine, ut superficiem habere possit, sibi vero proprietatem cum spe consolidationis extincta superficie conservat. Inde vero puto evidens simul esse,

esse, quod superficiario omnia liceant in superficie, quodque jure suo de illa, irrequisito domini directi consensu, disponere possit, modo caveat, ne ipsum jus domini, quod in solo sibi retinuit, intervertat. Certe *L. I. §. VII. de superficieb.* superficiem tradi, legari, donari permittit. Nec enim hic domini soli quicquam interest cum nihilosecius illæsum maneat jus, post superficiei interitum solum sibi soli vindicandi. Quo vero domino soli eo facilius jus suum conservent, solent illi pactis efficere, ut superficiarius certum exsolvat solarium, Grund-Boden-Zinß, quod per se superficiei non inest. HERTIUS *de jure superficiei Sect. II. §. V.* Inde vero ulterius consequitur, quod superficiarius, sive superficiem absque consensu domini alienet, sive exsolutionem solarii omittat, actionem privatoriam timere non debeat. Ut sic dubium non sit, quin superficies ab emphyteusi quam maxime differat. Dominus enim directus superficiei actione privatoria non utitur, jus protimiseos, quando superficies alienatur, non exercet. Dominus vero superficiei utilis jus solum habet utendi fruendi fundo, quatenus absque eo superficies esse nequit. Quæ omnia in emphyteusi secus esse, ex supra dictis clare elucet.

## Aphor. XX.

VEL CONDUCTIONE) De hac opinione valde dubito, quod fundamentum habeat, & locatione conductione jus superficiei eo effectu constitui posse, ut superficiarius dominium utile habeat,

beat, persuadere mihi vix possum. Locationem enim dominium haut mutare, & indoli hujus contractus convenit, & ex *L. XXXIX. D. Locati* aperte constat. Et quamvis superficiario, qui superficiem ad non modicum tempus conduxit, quasi in rem actionem, sive interdictum uti possidetis, prætor polliceatur contra tertium, qui prohibet, ne quis superficie utatur. *L. I. §. I. in fin. & §. III. de superfic.* hoc tamen non ea intentione fit, tanquam Prætor superficiario simul dominium concedere vellet, cum clare potius in *L. II. Eod.* fateatur, conductorem in ædibus superficiariis proprietatem non consequi, sed sublevare solum voluit conductorem, ne actiones sibi a domino cedi curaret amplius. Quapropter nec opus esse distinctione existimo, inter superficiem expresse & tacite per locationem constitutam, ea intentione excogitata, ut non in illo, bene tamen hoc in casu dominium utile in superficiarium transiret, de qua vid. SCHLEVOGTII *Diss. de solario & superficie præstando* §. *XI.* Hoc enim fatentur omnes, superficiarium nunquam dominio utili frui, nisi dominus fundi jus ædificandi de suo disertis verbis concedat. Quod, si fit, quid opus fingere tacitam locationem?

## Aphor. XXII.

ASSERERE NON DUBITO) Ego vero caussam adesse puto, cur priorem sententiam magis veram & naturæ negotii conformem credamus. Non quidem ob argumentum ab usufructu petitum. Nam utut superficie vocari consueverit servitus,

vitus, id tamen fit eo solum sensu, quo omne id servitutem nominamus, quod nobis molestum est, HERTIVS *allegat. Dissert. Sect. I. §. XIV.* Et præterea superficiario plus juris competere, quam usufructuario, per se patet. Sed ex ea maxime ratione, quia opinio Auctoris domini directi spem consolidationis intervertit, eaque facultate superficiario concessa, ut, extincta priori superficie, novam fundo imponere posset, inutile futurum esset jus soli, quod dominus sibi reservavit. Nec rationem diversitatis sufficientem video, cur melior hic sit superficiarii, quam emphyteutæ conditio, cujus jus interitu rei, in quam Emphyteusis constituta est, expirare supra diximus. Eo firmiori itaque fundamento innititur argumentum, ab Emphyteusi ad superficiem deductum, quo certius est, hanc argumentandi rationem in legibus, quas supra allegavimus, approbatam esse. Quare, quousque ex legibus vel natura negotii diversitas utriusque negotii demonstrari nequit, idem juris in utroque esse, firmiter concludo.

## Aphor. XXIII.

JVS FEVDI) Quod consistit in dominio utili rei cujusdam, sub lege fidelitatis, & præstandorum servitiorum concessæ. Causa prima, quæ, rem suam alteri sub ea conditione concedere, suasit, hæc fuit, ne deessent, qui domini directi vitam, jura, & existimationem, & possessiones armis etiam, si id videretur necesse, defenderent. Omnisque ideo concessio feudi olim ad militaria maxime servitia respexit. Postea vero idem illud

negotium ad alia servitiorum genera traxerunt contrahentes; ita tamen, ut eorum intuitu possessor fidelitatem specialem promitteret. Quo factum est, ut qualitatibus illis præditus esse deberet Vasallus, quas servitii genus promissum efflagitaret. Ut sic differentia specifica feudi & Emphyteuseos in eo solo fere posita sit, quod nexus feudalis ad præstanda servitia & fidem singularem, emphyteuticus vero ad legem meliorationis & exsolvendum canonem obliget. Sed negotium feudale adeo late patet, ut peculiarem Jurisprudentiæ partem constituat, a Jurisprudentia civili sollicite distinguendam.

## Tit. XIII.

## De actione ex dominio singulari fluente, sive rei vindicatione.

### Aphor. I.

SEU VINDICATIONE) Hoc generale nomen est, omnibus actionibus realibus applicatum, §. *XV. J. de action.* & ab antiquo modo procedendi apud Romanos in judicio desumtum. Actione enim reali instituta, pugna quædam fictitia seu imaginaria inter litigantes intercedebat, id, quod manum conserere, vel vindicias facere vocabant, Romani. Vel si mavis, ideo vindicationes nominare consueverant Romani actiones reales, quia ipsum judicium reale antecedere debebat lis de vindiciis, ut constaret, cujus esse deberent vindiciæ, id est, quem possidere, quem petere

tere oporteret, ceu rem accurate more suo explicat HEINECCIUS *Antiquit. Roman. Lib. IV. Tit. VI. §. XXIV.* Et hinc videmus, ipsam actionem quoque confessoriam, ex jure servitutis oriundam, vindicationibus annumeratam esse, cum & hic vindiciis opus esset, vid. *Rubric. tit. Digest. si servitus vindicetur.* Plane aliter concipiendæ erant actionum personalium formulæ. His enim institutis actor & reus invicem dicebant, alter ajebat, alter negabat, & postea sponsione sese provocabant, accedente verborum solenni conceptione & formularum cantilena. Quare generale nomen condictionum his actionibus fuit tributum. Vide EUNDEM *D. tit. §. XXXI.* Nos his tricis non indigemus, sed hoc potius inter reales & personales actiones novimus intercedere discrimen, quod illæ ob rem, quæ jam nostra est, contra quemvis possessorem, eo effectu instituantur, ut jus nostrum reale judex salvum, atque ideo nos dominos, heredes declaret, remque ipsam ad nos cum exclusione aliorum pertinere, ideoque ejus possessorem eandem nobis cum omni causa restituere debere, sententiam dicat, hæ vero, nempe personales, ob rem, quæ nostra nondum est, sed vi antecedentis promissi demum nostram fieri cupimus, contra eum competant, qui promittendo ad rei præstationem sese obligavit.

## Aphor. II.

EX DOMINIO COMPETENS) Et quidem qualicunque sive plenum, sive minus plenum, sive revocabile, sive irrevocabile sit. Hoc enim essentiam

tiam dominii ingredi, ut dominus uti possit rei vindicatione, alibi jam diximus. Ut tamen dominium in actu sit, neve dominus ejus exercitium ad tempus in alium transtulerit, necesse est. Nam qui dominium naturale solum habet v. c. uxor in dote, durante matrimonio, liberi in bonis adventitiis durante patria potestate, rei vindicationem non exercet. *§. XXIX. J. de Rer. divis.*

Rei corporalis) Quod non eo sensu dicitur, tanquam ob res incorporales sive jura nulla actio in rem sit comparata, sed eo solum fine, ut, quemadmodum rerum incorporalium non verum, sed quasi est dominium, ita earum quoque non vera, sed quasi sit vindicatio. Nam & servitutes vindicari posse, supra diximus.

## Aphor. III.

Seu dominium probare) Ubi non sufficit probare possessionem. Sed hæc jus aliquod temporarium contra dominum solum spondet. Quando vero incidenter non principaliter de dominio controvertitur, qui possessionem justam probavit, dominium probasse censetur. Nec sufficit probare iustum titulum & bonam fidem, cum res in possidentem possit etiam transferri a non domino, qui, cum ipse dominium non habet, præter conditionem usucapiendi quid amplius in possessorem transferre nequit. Reliqua vero usucapionis requisita, si adsint, dominium inde sufficienter probatur. Nisi itaque quis usucapionem docere possit, vel lex possessorem statim post rei acquisitionem dominum verum & plenum declaret; quod

quod fit in iis, qui a fisco emerunt §. *ult. J. de usucap.* vel nisi vi juris singularis statutum sit, ut res ex alicujus pecunia empta in locum pecuniæ succedat; ejusque dominium dominus pecuniæ acquirat, quale quid in universitatibus rerum, & quibusdam singularibus, v. c. in re, a tutore, pecunia pupillari emta, locum habere diximus; opus omnino est, ut, qui se dominum esse prætendit, dominium auctoris sui probet *L. XX. D. de acquir. rer. domin.* Quam probationem tamen merito diabolicam dixeris, eoque nomine beneficium Prætoris Romani grata mente recoles, qui per fictionem eum, qui bona fide & justo titulo possidet, tamdiu pro domino habet, donec possessor rei firmius jus deduxerit, qua de re infra videbimus.

## Aphor. IV.

Contra possessorem) & quidem qualemcunque, qui tenet rem, eandemque restituendi facultatem habet *L. IX. D. de Rei vindic.* etiamsi naturalis sit, & cum animo rem sibi habendi non possideat, modo tamen litem cum vindicante super ipsa re suscipiat. Potest enim actionem evitare per exceptionem nominationis sive laudationis, qua declarat, se rem non suo, sed alieno nomine, possidere, ante Lit. Contestat. oppositam. *L. II. C. ubi in rem agi.* Liti vero, quando se semel obtulit, necessitatem, eam usque ad finem continuandi, & domino rem restituendi, in se transfert. Fictus enim dicitur possessor, eandemque obligationem, quam verus possessor, agnoscere debet. Nec alia ratione verus & fictus possessor

ſeſſor ab invicem differunt, niſi quod contra eum, qui dolo deſiit poſſidere (nam & hunc fictum eſſe poſſeſſorem, ex Auctore conſtat) juretur in litem *L. LXVIII. de Rei vindic.* Ex moribus tamen quarundam provinciarum poſſeſſor tertius indiſtincte dominum ſupervenientem & vindicantem repellere, huncque ad eum ablegare poteſt, cui prius rem titulo ad transferendum dominium non habili conceſſerat, ut cum eo agat. Indeque enatum eſt proverbium, Hand muß Hand wahren, de quo confer STRYCK. *in uſ. Mod. tit. de Rei vindic. §. IX. ſqq.* HERTIUM *de Paroem. Jur. Lib. I. paroem. XVIII.*

## Aphor. V.

ACTIO IN FACTUM) Habent quidem actiones in factum varias ſignificationes. Vel enim denotant actiones, quæ certo nomine demonſtrari nequeunt, ſed in factum ipſum, & ſecundum id, quod actum eſt, concipiuntur, & huc pertinent actiones præſcriptis verbis, quæ ex contractibus innominatis proveniunt. Vel denotant actiones utiles, quæ non ex verbis legum, ſed ex mente potius legislatoris, per interpretationem extenſivam ob paritatem rationis eliciuntur. Vel denotant actiones, quæ ex ſola æquitate ob defectum aliarum actionum præter mentem legis latoris in ſubſidium introductæ ſunt. Facile vero patet, poſteriorem ſignificatum hujus loci eſſe, cum actio in factum contradiſtinguatur actioni utili & directæ. Hujus diverſæ denominationis rationem vero mirum in modum illuſtrat §. *ult. J. ad*

*L.*

*L. Aquil.* Inde enim apparet, directas actiones ex ipsis legum verbis fluere, utiles, quatenus actionibus in factum contradistinguuntur, non ex verbis, sed ex ratione legis derivari, actiones denique in factum in sensu generali sumtas neque ex verbis neque ex ratione legis provenire, sed ex æquitate esse introductas.

## Aphor. VI.

Et describenda in libello*) Quam necessitatem ipsa actionis indoles imponit, cum per se pateat, eam felicem vix posse habere exitum, nisi judici exponatur, quodnam sit objectum litis, & qua in re actor dominium sibi asserat. Descriptione enim omissa, non possunt non, finito jam processu, de re in judicium deducta novæ exoriri lites. Ipsa vero hæc ratio adeo late patet, ut in oculos statim incurrat, actorem, quocunque etiam judicio experiatur, sive reale, sive personale illud sit, nunquam secure descriptionem & designationem objecti litis omittere posse. Ut sic merito ex allegata *L. VI. D. de Rei vindic.* regula generalis formanda sit, in quavis actione actorem de eo esse debere sollicitum, ut de subjecto litis specifice constet, nec generaliter petat, nisi natura rei vel lex generale petitum admittat. Nam v. c. in universalibus, puta hereditatis, peculii, dotis vindicatione generaliter petiisse sufficit: Imo & in singularibus incertæ partis vindicatio locum habet, si certa pars demonstrari nequeat, v. c. in judicio communi dividundo.

V 1

Vt fructus) modo tamen actor fructus perceptos in specie petiit. Nam de non petitis judicem, qui sententia sua actorem dominum declarat, non debere esse sollicitum, colligunt ex *L. XXV. §. VIII. de ædilit. Edict.* Tanti enim Praxis non habet monitum Legislatorum, vi cujus judex, quæ desunt advocatis, supplere, eosque in rectam viam deducere debet, *tot. tit. C. ut, quæ desint advocat.* ut locum illi relinquat, sed ea, quæ officio judicis pedanei, quem hodie tamen non habemus, conveniebant, hodie etiam recte applicari credit. Quam Praxeos cum analogia juris pugnam alii dum vident, alia via incedendum, atque petitori, qui de fructibus non cogitavit, quemque ideo judex in rectam viam ex officio non deduxit, post rem judicatam, separatam fructuum causa concedendam esse actionem existimant Brunnem. ad *L. IV. C. Deposit. n. 4.* Verum hi nimis liberales sunt, & auctoritatem rei judicatæ evertunt. Quapropter optime sibi consulet actor, qui, dum fructus in sententia esse omissos, videt, remedio suspensivo utitur. Vid. Carpzovium *Lib. II. Resp. LXXIX.* Berger. *Oec. Jur. p. 293. not. 9.* De reliquo, quod restitutionem fructuum attinet, confer ea, quæ supra diximus ad *L. II. Tit. I. §. LIV. & Tit. IX. §. XXIX.*

## Aphor. VIII.

Impensas) Argumentum hoc de restituendis impensis, cum sæpius occurrat, terminos hoc loco explicare ab instituto haud esse alienum existimo. Ut vero perpetua inter bonæ, & malæ fidei

fidei possessorem servanda est differentia, ita præmonere juvat, bonæ fidei possessorem eum dici, qui rem a non domino accipit, ignorans, rem alienam esse, sicque in justa opinione, se rei dominium acquirere, est constitutus. Malæ autem fidei possessor, ut & prædo, rem alienam scientes invadunt, & utrique & dolus, & culpa imputari potest, quod in re aliquid temere suscipiant, quam tamen alienam esse intelligebant; cum e contrario bonæ fidei possessori nihil imputari possit. Non tamen in omnibus prædo & malæ fidei possessor coincidunt. Prædo enim nunquam titulum habet, sed vi vel furtim rem alienam sciens invadit. Malæ autem fidei possessor titulum etiam habere potest, quatenus rem a non domino sciens accipit & doli particeps fit. Ut sic constet, omnem quidem prædonem esse malæ fidei possessorem, non vero omnem malæ fidei possessorem prædonem. Inter utrumque etiam multum interesse, si restitutionem fructuum & impensarum spectes, partim ex iis, quæ habet Auctor, partim ex argumento de hereditatis petitione, de quo suo loco, abunde constat. Quod autem ad impensas attinet in rem alienam factas, distinguendæ prius veniunt illæ, quæ fructuum percipiendorum causa fiunt, ab iis, quæ in rem ipsam fiunt. Illæ, ut cum fructibus compensentur, naturale est, cum ratio dictitet, ut eum sequantur incommoda, qui habet commodum. Ejusmodi impensas itaque dominus nunquam restituit, nisi quatenus ex fructibus aliquid ad eum pervenit, servato tamen inter malæ fidei possessorem

& prædonem diſcrimine, quod Auctor ſuppeditat. Has e contrario impenſas vel neceſſarias eſſe, vel utiles, vel voluptuarias, conſtat. Iſtæ rem conſervant & ab interitu vindicant. Indeque fit, ut domino obligatio imponatur eas reſtituendi, cum & ipſe eas impendere debuiſſet, ſi rem habuiſſet. Illæ rem meliorem & ad uſum magis habilem efficiunt. Et eas bonæ quidem fidei poſſeſſor repetit, modo tamen res ipſa domino vindicanti reſtituenda melior adhuc extet, nec bonæ fidei poſſeſſor jam impenſas ex fructibus perceptis iterum lucratus ſit, ceu claræ *L. XLVIII. L. LXXV. de Rei vindic. & L. XVI. C. de Evict.* verba docent. Hæ denique, nempe voluptuariæ, ad delectationem ſpectant, nec rei utilitatem afferunt, aut eam meliorem efficiunt. In natura itaque eas tollere lex permittit ſolum, quando res inde aliquid detrimenti non capit, ſalvo tamen jure offerendi, domino vindicanti competente, ut tantum ſolvat poſſeſſori, quantum habiturus eſt his rebus ablatis *L. XXXVIII. de Rei vindic.*

## Aphor. X.

PROTESTATUS FUERIT ) Proteſtatio enim jus proteſtantis ſolum conſervat, novum jus non tribuit. In caſibus vero ab Auctore allegatis, excepta Saxonia Electorali, proteſtatione nequidem opus eſt, ſed qui bona fide emit, cum non in propriam utilitatem emat, ſed in utilitatem ipſius domini, cujus res alias ſine dubio peritura fuiſſet, negotia domini geſſiſſe videtur, eoque nomine dominum ad reſtitutionem ejus quod impendit, obligat.

ligat. Hoc tamen addam, necesse est, vi privilegii nonnunquam Judæis concessum esse, ut res ab aliis emtas bona fide non nisi accepto pretio restituant. Præterea etiam dominus, qui, ut rem recuperaret, præmium proposuit, ex pacto obligatus est, ut μυνιτρον exsolvat.

## Aphor. XI.

QVI PLENVM DOMINIVM HABET) Nil interesse, sive quis plenum, sive minus plenum dominium habeat, ut actione rei vindicatoria utatur, inde jam constat, quod essentia dominii absolvitur facultate rem vindicandi. Nec ideo dominus directus solum contra dominum utilem, sed & hic contra dominum directum recte experietur. Et de Emphyteuta quidem & superficiario Auctor non dubitat, nec dubitare potest, cum claræ extent leges in *L. I. in fin. D. si ager vectigal. L. I. §. IV. D. de superficieb.* Hoc autem mirum est, quando Auctor in *Syntagm. Jur. Feud. cap. VIII. §. IX.* Vasallo contra dominum directum actionem denegat. Nam & vasallum dominum esse feudi nemo negat, & dominum directum, dum per investituram jus reale in Vasallum transfert, se ipsum obligare, quod turbare nolit limites dominii utilis, res ipsa docet. Quare dubio procul idem juris esse debet in feudo, ac in Emphyteusi & superficie, add. FINCKELTHAVS. *Disp. Feud. VII. cap. III.* ILTERVM *de feud. Imper. cap. IX. §. XLVIII.* SCHILTER. *Jur. feud. Alemann. cap. IV. §. I.*

## Aphor. XVI.

Ex aeqvitate) Fundamentum hujus actionis ex fictione quadam Prætoris dependet, qua æque ac aliis arcanis utebatur ad destruendam juris Civilis efficaciam, quam aperte tollere non poterat. Est autem fictio, ut Titivs eam definit in *Jur. Privat. Lib. I. cap. IX. §. III.* assumtio falsi pro vero, scienter & aperte facta, mediante qua, ultro aliqua legis dispositio proponitur. Ejusque effectus in jure is est, ut tantum operetur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. Quemadmodum vero triplex fictio in Jurisprudentia Romana occurrit, affirmativa, qua fingitur, aliquid esse, quod re ipsa non est, negativa, qua fingitur, aliquid non esse, quod tamen est, translativa denique, qua fingitur aliquid alio modo esse, quam quo est, ita sigillatim Prætor triplicem hanc fictionem ad argumentum de dominio applicavit, ut veritatem destrueret, iisque quos hæc veritas incommodo & damno afficiebat, succurreret. Primo enim cum illi, qui dominium rei acquisiverat, lex rei vindicationem denegaret, nisi ipse usucepisset rem, vel auctorem suum dominum fuisse, demonstrare posset, Prætor, cui hoc iniquum videbatur, quando bonæ fidei possessori res esset cum alio, qui tam firmo jure non possideret, affirmativa fictione succurrebat, tanquam rem usucepisset, utut possessionem ejus per tempus lege definitum non habuisset. Modo itaque haberet dominium putativum, & possessio ejus munita esset requisitis usucapionis, utut tempus non accessisset,

fisset, Prætor illi actionem concedebat contra quemvis infirmiori jure possidentem. Hoc ipso itaque difficilem illam probationem dominii evitabat dominus vindicans, dum sufficeret, ut fundamentum dominii poneret in præsumta usucapione. Confer. BERGERI *Diss. de maturand. dominii probatione per usucapionem.*

CONTRA POSSESSOREM) Eum nempe, qui infirmiori jure possidet. Sic cessat, si res sit cum possessore, qui pari jure possidet, quando v. c. rem a diverso vel eodem non domino bona fide & justo titulo accepit *L. IX. §. IV. de Publ. in rem act. L. LXXII. de Rei vind.* Tritum enim est, in pari causa meliorem esse rationem possidentis. Multo magis itaque cessat, si bonæ fidei possessor, qui nondum usucepit rem, cum domino concurrat *L. XVI. & XVII. D. de Publ. in rem action.* Nam firmius jus est domini, quam bonæ fidei possessoris. Usucapione vero completa hic illum recte excludit STRYCK. *de action. investig. Sect. III. membr. II. ax. I.*

## Aphor. XVIII.

NON SUPERVENERIT) Licet enim in *cap. fin. X. de præscript.* bona fides semper requiratur, id tamen intelligendum est de eo casu, quando quis verum dominum excludere cupit. Hic vero bonæ fidei possessor non verum dominum, quippe cui cedere debet, sed infirmiori jure possidentem excludit, atque ideo exceptio de mala fide est de jure tertii.

## Aphor. XX.

ACTIO RESCISSORIA) Quæ actio ſeſe fundat in fictione Prætoris negativa, tanquam res, quæ jure civili jam uſucapta eſt, uſucapta non ſit. Tendit enim ad id, ut, reſciſſa uſucapione, abſens dominus declaretur, & res, ac ſi uſucapta non esſet, reſtituatur. Ratio vero fingendi hæc erat, quod abſens agere non potuiſſet, & ſic æquitati conveniret, ut non valenti agere non curreret præſcriptio. Re ipſa tamen hæc actio cum reſtitutione in integrum ex capite abſentiæ coincidit, & ſic, ut uſucapio iterum reſcindatur, neceſſe eſt. Reſtat tertia actio realis Prætoria nempe Pauliana, quæ datur creditoribus, ad revocanda bona in fraudem eorum a debitore alienata, eoque tendit, ut reſciſſa alienatione, perinde, ac ſi nunquam alienatio interceſſiſſet, res reſtituatur. Fundamentum vero hujus actionis eſt fictio quædam translativa, ac ſi res in fraudem creditorum alienata non in emtorem, ſed in ipſos creditores eſſet translata.

# Tit. XIV.

# De Actione ad exhibendum.

## Aphor. I.

RES ANTEA EXHIBEATUR) Differunt in jure vocabula edere & exhibere. Illud ad actiones & inſtrumenta, hoc ad omnes reliquas res pertinet. Illud ſignificat in copia dare, hoc rem præſentem ſiſtere. Illud fit ad litem quamcunque

cunque instruendam, hoc ad actionem maxime realem præparandam. Exinde itaque, quod exhibere rem præsentem in judicio sistere significet, respectu mobilium rerum solum actionem ad exhibendum locum habere autumant, cumprimis, quia, qui hac actione utitur, argumenta seu notas rei dicere debet *L. III. D. ad exhibendum*, quod immobilium intuitu fieri nequit. Verum leges notas rerum immobilium juste ignorari tolerant *d. L. III. §. VII. D. Eod.* & quamvis res immobilis proprie exhiberi, id est, occulta in loco judicii conspicienda dari nequeat THOMAS. *Not. ad Tit. D. ad exhibend.* ad rem tamen immobilem ostendendam & actorem in rem præsentem ducendum, ne quis actione utatur, nil impedit. Nec alter habet, cur contradicat, cum omne fundamentum hujus actionis in eo sit positum, quemlibet ad id, quod sibi non nocet, & alteri prodest, posse compelli. Quæ cum ita sint, nolo cum SCHILTERO *Exerc. XX. th. IX.* omnem huic actioni usum in foris nostris denegare. Quamvis enim necesse non sit, ut hodie, qui actione reali experiri cupit, præparatorio utatur judicio, possunt tamen casus existere, ne cum effectu vindicatio locum habeat, antequam res ipsa exhibita sit, v. c. si gemma mea alterius annulo sit inclusa. Interim ubique præsupponitur, ut ejus, qui actione ad exhibendum utitur, perfecte intersit, rem exhiberi. *L. III. §. XI. ad exhibend.* Jus imperfectum enim quod ex regulis honesti & decori descendit, nullam producit actionem.

Cujus interest ) Quapropter necesse est, ut ad exhibendum agens interesse suum summariter minimum demonstret, atque judex desuper cognoscat. *L. III. §. IX. ad exhibendum.* Probato vero interesse, nisi possessor adeo liquidam habeat exceptionem, quæ agentem in continenti repellit, exhibitionem reus declinare nequit, & exceptio in directum judicium differtur *L. III. §. XIII. Eod.* Si denique dubium sit, an actoris intersit, reus juramentum calumniæ recte defert.

Ut in publicum proferatur ) Quid vero, si reus se possidere neget? Tum actor quidem possessionem probare debet, probatione autem feliciter peracta poenam inficiationis & mendacii incurrit reus, idque præjudicii sentit, quod judex ipsi rem auferat, ejusque possessionem in actorem transferat, salva facultate petitorium instituendi reo relicta *L. ult. D. de Rei vindic.* Quam poenam quidem hodie, nisi legibus expresse approbata sit, usum habere negant. Verum, ut ubique locum haberet, eo magis esset optandum, quo certius constat, mendacii crimen nostratibus æque ac Romanis cognitum esse, & quo magis Reipublicæ interest, ne mendacia in alterius damnum concepta impunitate gaudeant Stryck. *Us. Mod. Dig. tit. de Rei vind. §. VI.* Berger. *El. Disc. Forens. p. 470. sqq.*

## Aphor. III.

Ad exhibendas tabulas testamenti ) Quæ actio beneficio Prætoris introducta, (quo nomine sigillatim interdictum vocatur,) ab actione ad exhibendum in eo maxime differt, quod ibi

ibi præsupponatur alicujus interesse, ex jure reali vel personali rem exhiberi, hic vero sufficiat, etiamsi alio nomine solum intersit, v. c. heredi, qui nondum adiit hereditatem, legatario, qui sibi aliquid relictum putat *L. III. §. VIII. D. ad exhibendum.*

# Tit. XV.

# De dominio universali seu Jure hereditario, ac in specie de testamentis & ultimis voluntatibus.

## Aphor. I.

IN VNIVERSITATE RERVM) Duplex in jure nostro occurrit universitas, altera personarum, altera rerum. De illa jam egimus supra, ejusque jura perspeximus. Hæc iterum duplex est, vel facti vel juris. Prior facto hominis constituitur, v. c. grex, bibliotheca. Posterior a lege est, v. c. peculium, hereditas jacens. Et hujus natura eo redit, ut hominis instar crescat & decrescat, augmentum & deminutionem recipiat, *L. XX. D. de heredit. petit.* ut cum surrogato naturam communicet, resque v. c. pecunia hereditaria comparata in locum pretii, pretium in locum rei succedat, ut demum cum omni commodo & incommodo in alium transeat ipso jure. *L. XXXVII. de acqu. hered. L. I. D. si ager vectigal.* Quæ omnia in universitate rerum, quæ facti est, secus se habent.

QVOD DEFVNCTVS HABVIT) Et sic dominium rerum hereditariarum, aliaque jura defuncti,

actiones tam personales, quam reales, itemque exceptiones sub se complectitur, quatenus in heredes hæc omnia sunt transitoria. Quæ enim cum defuncti persona expirant, cum herede non communicantur *L. III. §. ult. quib. mod. usufr. amitt. L. VII. D. de exception. L. I. §. XLIII. de aqu. quotid. & æstiv. L. LXVIII. de Regul. jur.* Par ratio est eorum, quæ in facto consistunt. *L. XXIII. D. de acqu. possess.*

SVCCEDANT) Inde facile patet, nullam esse viventis hereditatem. *L. I. D. de hered. vel. action. vendit.* neminique dominium rerum hereditariarum competere, nisi post mortem ejus, a quo hereditas descendit. Sed postquam jus novum quasdam personas ita heredes necessarios effecit, ut certa bonorum pars ipsis præcise sit salva relinquenda, hos jam vivo eo, cujus hereditatem sperant, istius partis intuitu dominium aliquod habere, leges ipsæ agnoscunt. Exemplo sunt liberi. Hi enim vivo patre legitimæ intuitu domini existimantur §. *II. J. de hered. qualit. & differ.* Quare, licet ex bonis paternis aliquid vivo patre subtrahant, non tamen puniuntur ut fures §. *XII. J. de furt.* Et negotia inter vivos a patre celebrata, quatenus legitimæ præjudicio sunt, non valent, sed revocationi subsunt. Quod exemplo inofficiosæ donationis ex *L. I. & VII. D. de inoffic. donation.* NOVELL. *XCII.* inofficiosæ dotis, inofficiosæ venditionis, inofficiosæ divisionis paternæ *L. fin. C. famil. hercisc. Nov. XVIII. cap. VII.* demonstrari potest.

Aph.

## Aphor. IV.

TESTAMENTUM EST) Teſtamentum, ſi principia Jurisprudentiæ Romanæ paulo penitius inſpicias, eſt lex privati hominis heredi dicta de eo, quod poſt mortem fieri velit. Certe in Legibus XII. Tabul. jam erat diſpoſitum: Uti paterfamilias legaſſit ſuper pecunia tutelave rei ſuæ, ita jus eſto. Et diſerte de teſtamento, quod lex ſit, PRISCUS teſtatur in *Excerpt. de legation. p. 62.* add. CICERON. *Philipp. II. cap. XLII.* nec non NOVELL. *XXII. cap. II.* in qua teſtator legem ferre dicitur. Inde autem varia deducuntur. Primo enim teſtamentum legis inſtar mutationi ſubeſt, revocatur licite, legemque teſtator legi ita recte ſuperaddit, ut poſterior ſolum valeat QUINCTILIAN. *Declam. CCCVIII.* quo ſenſu etiam ultimum vocari conſuevit judicium, quod ſcilicet prius non valeat, quam morte confirmatum *L. XVIII. D. de inoffic. teſtam. L. XXVI. D. de Legat. III. L. XIX. C. de inoffic. teſtam.* Deinde teſtatores non niſi formulis legislatorum utebantur, & directis verbis, ut ne legatum quidem ſubſiſteret, niſi imperative relictum *L. II. C. Commun. de legat. P. XV. C. de teſtam.* Porro olim teſtamenta in pace non niſi in Comitiis, præmiſſa ſolenni rogatione fiebant *§. I. J. de teſtam. ordinand.* GELLIUS *Noct. Attic. Lib. V. cap. XIV.* Sed & ulterius rationem inde facile deſumimus, quare neque omnibus teſtari permiſſum fuerit, neque omnes ad teſtimonium teſtamentarium dicendum convocari potuerint, cum & habilitas teſtatoris & teſtis

testis ex jure suffragii in comitiis dijudicanda sit. Addamus & hoc, quod ex eadem ratione falsa causa adjecta neque testamentum neque legatum vitiet. Liberrime igitur legem privatam suam legislatoris instar condebat testator, hoc tamen ubique adhibito temperamento, ut neque contra Jus Naturale impingeret, neque a Jure Communi recederet. Ad utrumque enim, ut legem suam accommodaret, erat necesse. Quamvis vero sequiori ætate privatim etiam testari licuerit, adeo multæ tamen antiqui juris in testamentis privatis remanserunt reliquiæ, ut vix accuratum de variis legum Romanarum dispositionibus ferre possimus judicium, nisi antiquam testamenta condendi rationem ante oculos habeamus.

## Aphor. V.

VLTIMAM VOLVNTATEM DECLARAT) Libertas enim consensus, quæ in testatore summa esse debet *L. I. C. de SS. Ecclesiis*, violentam coactionem neutiquam admittit, eritque sine dubio testatoris hoc in casu nulla voluntas, ut non possit non ipsum testamentum corruere *L. IX. pr. L. XXXII. D. de heredit. petit.* eorum scilicet intuitu, quæ invitus scripsit. Quodsi enim præterea testamento sponte quædam adjecerit, ea non statim corruunt. Et sic si testator in tali testamento coheredes sponte instituerit, testamentum omnino subsistet. Idem dicendum esse puto, si legata & alia capitula sponte addidit. Conf. NOVELL. *CXV. cap. III. in fin.* Quæ vero de dolo & vi diximus, recte applicantur ad importunas flagi-

flagitationes & sollicitationes, ungestümmes Anhalten. Quamvis enim leges blanditiis uti, affectionibus judicia provocare, maritali sermone uxorem placare permittant, importunitas tamen adhibita æque libertatem voluntatis impedit, ac violentia, siquidem, qui continuis precibus, flagitationibus, clamoribus, persuasionibus ita fatigatur, ut demum pertæsus & a molestiis se liberaturus heredem nominet, quem sollicitator suggerit, sponte voluntatem declarasse dici nequeat. Quare in CONSTIT. ELECT. SAXON. *V. P. III.* utrumque, nempe harte Worte und ungestümes Anhalten recte conjungitur, & libertati testandi adversum judicatur add. WERNHER. *P. II. obs. CCCCVII. P. III. obs. LXXXIV.* Nec dubium est, quin super vim metumque adhibitum juramentum recte deferatur. Quod quidem CARPZOVIUS *ad d. Constit. def. XIV.* MOLLER. *Lib. III. Semestr. cap. XLII.* MARTINI *ad ord. Proc. Sax. Tit. XVIII. n. 71.* negant, sed infirmis admodum rationibus. Quamvis enim delinquere & poenam criminalem incurrere videatur, qui vim & metum adhibet, notum tamen est, juramenti delationem locum habere, quando ex delicto civiliter agimus. Altera vero ratio Carpzovii, quod relationem tale juramentum non admittat, vel ideo incongrua est, quia ea admissa nulla juramenti delatio super factis propriis usum haberet. add. WERNHER. *P. I. obs. CXCII.* STRYCK. *Cautel. Testam. cap. II. §. IX.* BERGER. *Elect. Disc. Forens. tit. XVIII. obs. III. n. 7. p. 521.*

AL-

ALTERIVS INTERROGATIO VITIAT TESTAMENTVM) Quatenus nempe indiscrete concepta nec ad certam personam directa est, verbo: quando heredis vel legatarii nomen non suggeritur. At enim vero suggestio libertatem voluntatis omnino impedit, & præterea cum essentia testamenti nuncupativi pugnat, cum nomen heredis voce testatoris nuncupandum sit, ut ipsum testamentum subsistat *L. XXIX. C. de testam.* ORDIN. MAXIMIL. I. *de anno 1512. tit.* von Testamenten. Accedit & hoc, quod de seria testatoris voluntate certo constare debeat, *L. LXXVI. de Regul. jur.* Quapropter sigillatim testamentum, ubi testator interroganti simpliciter per vocem Ja annuerat, irritum declararunt Lipsienses apud CARPZOVIUM *P. III. Const. V. def. VI.* & Vitembergenses apud BERGERVM *Cent. III. Conf. XLIV.* ut & Helmstadienses apud LEYSERVM *Spec. CCCLXXI. med. XIV.* Quod si vero de testatoris voluntate jam aliunde constet, illeque postea in præsentia testium, eum in finem, ut actui testandi intersint, consentiente testatore convocatorum, interrogatus respondeat, testamentum omnino validum erit RICHTER. *Decis. XXVII. n. 4.* CARPZOV. *P. III. Const. III. def. XXVII. & Const. V. def. IV.* LEYSER. *d. Spec. med. XV.*

## Aphor. VI.

PROHIBENTVR VERO) Quas prohibitiones omnes fere ex ritu testandi antiquo facile deduxeris. Nam impuberibus in comitiis locus non erat.

erat. Furiosi quoque & prodigi, qui furioso per omnia æquiparabatur, nulla ibi habebatur ratio. Quamvis non erres, si his ideo testamenti factionem interdictam dicas, quia nullum iis erat animi judicium. Surdi etiam & muti ad Comitia non accedebant, cum nec rogationem audire, nec suffragium dare possent. Par olim ratio fuit foeminarum, quæ ab accessu ad Comitia exclusæ testamentum non condebant. add. THOMASII *Diss. de sensu Legis Decemvir. testament.* Postea vero facultas testandi cum foeminis communicata fuit, si tamen sui essent juris, & auctorem tutorem adhiberent VLPIANVS *Fragment. tit. XX. th. XV.* quod ultimum hodie adhuc vi jurium quorundam statutariorum maxime Hamburgi & Lubecæ usu servari cognitum est. Porro etiam cum furioso, tempore intervalli testamenti erat factio *L. IX. C. qui testam. fac. poss.* Cum surdis & mutis quoque hanc facultatem communicavit Justinianus, hac distinctione adhibita, ut, qui natura surdus & mutus simul esset, non testaretur, infortunio mutus & surdus factus, in scriptis testamentum conderet. Sin vero morbus esset discretus, ille quidem, qui audiret, in scriptis, qui e contrario loqueretur, nuncupative voluntatem suam exponeret *L. X. C. Eod.*

PROPTER DEFECTVM JVDICII) Hæc ratio, postquam testamenta privatim condere permissum fuit, omnino est in subsidium vocanda, ut habilitatem testatoris dijudicemus. Nam in eo, qui testatur, maxime integritas mentis *L. II. qui testa-*

*testament. fac.* & certus atque deliberatus animus requiritur *§. I. J. de milit. testam.* Inde vero generatim inferri potest, testamentum ejus, qui usum rationis habet, omnino valere, tametsi vigor animi & judicii non adsit *L. IV. C. qui testam. fac. poss.* ultimum vero ejus elogium, qui defectu rationis laborat, nullius esse efficaciæ. Sic nil obstat, ne homo stupidus & simplex, Heigius *P. II. qu. XXXVIII. n. 30.* Stryck. *Cautel. testament. cap. III. §. XXV.* Lyncker. *Resol. CCCCLI.* itemque moribundus *L. XV. & XXIX. C. de testam.* valide testetur. Sed furiosus, ut & agonizans, qui rationis usum jam amisit, testando nihil agit.

Certis solennitatibus) Non itaque simpliciter a testamenti factione coecus excludebatur, cum nec forsan a jure Comitiorum excluderetur, sed, ut præter consueta formalia & hæc solennia servaret, Legislator jussit. Ut I) octavum testem vel Notarium adhiberet, vel, si mavis (nam alia quoque præter solenne testamentum dantur ultimæ voluntates,) numero testium, qui alias requiritur, unum semper superadderet, & sic v. c. in codicillo sex testes, in legato relinquendo iterum sex testes rogaret. II) ut heredem non solum nominaret, sed etiam designaret. Haud tamen inde sequitur, coecum non posse in scriptis testari. Nam ex ipsa *L. VIII. C. qui testam. fac. pos. & §. IX. Ordin. Notar.* patesit, coeco datam esse licentiam, ut voluntatem suam sive in testamenti sive in codicilli tenore compositam, cui velit, scriben-

ſcribendam tradat, poſtea vero convocatis teſtibus & Notario, re, cujus cauſa vocati ſunt, patefacta, chartulam promat. Quo tamen facto res ipſa docet, ad integritatem teſtamenti & excludendas inſidias teſtamentum a teſtibus poſtea ſubſcribendum coeco prælegendum eſſe.

## Aphor. VII.

MONACHI) Olim Epiſcopis ſolum poteſtas teſtamento ſibi heredem faciendi adempta fuit, quatenus ex bonis Eccleſiæ acquirebant *L. XLII. §. I. C. de Epiſc. & Cleric.* Reliqui clerici ſalvam habebant teſtamenti factionem. *L. XX. C. Eod. L. XXXIII. C. de SS. Eccleſ.* Jure tamen Juſtinianeo ſuſceptio ſchematis & ordinis monaſtici hunc habuit effectum, ut dominium rerum ſuarum monachus transferret ad monaſterium. Cujus rei rationem hanc reddit Urbanus II. in *can. XIX. qu. III. cap. III.* quod jus monaſterii habeat effectum Patriæ Poteſtatis. Ut tamen monachus facultate teſtandi privetur, profeſſio ipſa facta eſſe debet. Tum enim demum habetur pro mortuo. Et ſic in anno Novitiatus recte adhuc teſtamentum condit. Præterea profeſſio neque liberis intuitu legitimæ NOV. *CXXIII. cap. XXXVIII.* neque uxori intuitu dotis aut donationis propter nuptias præjudicium infert NOVELL. *V. cap. V.*

NE PERMITTENTE QVIDEM PATRE) Ex quo dura admodum filiorumfamilias apud Romanos conditio apparet, inſimulque evidens fit, liberos deterioris conditionis fuiſſe, quam ſervos.

Nam hi de peculio, permittente domino, valide testabantur, memoratque Plinius passim in Epistolis suis de se ipso, se delectatum esse judicio suo, dum servis suis morientibus facultatem testandi daret. Duræ igitur istius dispositionis, quæ filiorumfamilias intuitu obtinebat, rationem plerumque in eo ponunt, quod testamenti factio non ab arbitrio patris, sed a lege publica dependerit. Verum sic etiam servis non potuisset concedi testamenti factio. Quare merito ipsam rationem a rigido Patriæ potestatis jure derivabis. Eatenus autem nullum est filiifamilias testamentum, ut & inutile maneat, tametsi postea sui juris factus decedat *Pr. J. quib. non est permiss. fac. testament.* nisi voluntatem de novo adhibitis omnibus solennitatibus repetierit. Cumque satis constet, id unicum, quod filiusfamilias patris potestati sit subjectus, testamenti factionem impedire, facile patet, eum ne de peculio quidem adventitio irregulari posse testari, neque piæ causæ aliquid relinquere, neque etiam per clausulam codicillarem defectum supplere.

## Aphor. VIII.

Prodigi) Hujus prohibitionis rationem neque tuto in prohibita prodigis bonorum administratione pones, cum ea admissa nec minor condere posset testamentum, neque commode a metu derivabis, ne amicos amicasque suas homines dissoluti & leves heredes scribant. Inde enim procul dubio error enatus est, tanquam subsisteret prodigi testamentum, in quo posteritati bene consuluit.

luit. Confer BRUNNEMANN. *Cent. V. Decis. XXIII.* RICHTER. *P. I. Decis. XLIII.* HUBERUM Prælection. *ad tit. D. qui testam. facer. poss.* Sed vera ratio hæc est, quia furiosi & prodigi pari passu ambulant *L. XII. §. fin. D. de tutor. vel curat. dand.*

HAERETICI) Hos tamen inter Protestantes testari posse, recte asserit STRYCK. *Caut. testam. cap. III. §. LXI.* Ut enim hæresis per se non crimen est, ita nec diversitati religionis ea efficacia inest, ut juribus hominum ideo quis sit privandus. Certe hæreticus sacris Protestantium non addictus ut peregrinus recte testatur. Quare ne Judæis quidem, utut Christianæ religionis infensis hostibus, testamenti factio denegatur.

TESTAMENTUM CONDERE (POSSUNT) Ratio diversitatis inde facili desumitur, quod olim bona damnatorum ad mortem fisco vindicabantur, secus ac nostris moribus. Conf. LUDER. MENCKENII *Diss. de testament. faction. damnat. ad mortem Jure Civili denegata, moribus asserta.*

## Aphor. IX.

TESTAMENTUM JUDICIALE) Potius testamentum in publicum & privatum distinxeris. Præter testamentum enim judiciale datur etiam testamentum Principi oblatum, quod, præter oblationem a testatore vel etiam ejus procuratore, ad hunc actum instructo, STRYCK. *Cautel. Testament. cap. VIII.* factam, alias solennitates non requirit *L. XIX. C. de testament.*

IPSE TESTATOR) Sed cur non procurator?

Forsan, quia Judex est instar septem testium, & sic naturæ rei conveniat, ut, quemadmodum testes testatorem præsentem videre debent, judex etiam eum videre debeat. Ast infirmam esse hanc rationem, statim patet. Forsan igitur evitandæ fraudis ergo præsentia testatoris requiritur. Certe, si fraus appareat, testamentum infirmabitur. Quid vero, si doli suspicio non adest. Tum nil obstare video, ne recipiatur testamentum, a procuratore, qui speciali mandato instructus est, oblatum. STRYCK. *dict. loc.* Cui quidem contradixit BARTHIUS *Dissert. de Testam. Comiti oblato.* Sed Stryckii defensionem suscepit SCHLITTE *Diss. de negot. in person. propria explicand. cap. III. §. II. sq.*

PRO TRIBUNALI SEDENTI, PRAESENTE ACTUARIO) Inde facile colliges, fide publica testamentum non inniti, quod vel judici in ædibus privatis, vel judici soli, vel Actuario tantum oblatum est. Verum, de ista necessitate, ut judex pro tribunali sedeat, vel ideo dubito, quia actus ipse est voluntariæ jurisdictionis, qui nullam causæ cognitionem desiderat ENGELBRECHT. *Compend. Iurisprud. tit. qui testam. fac. poss. §. IV.* Deinde usus fori extra Saxoniam etiam solius judicis præsentiam admittit CARPZOV. *P. III. Const. III. def. XXXII.* RICHTER. *P. I. Decis. XXX.* BERGER. *Oecon. Jur. p. 338. n. 5.* Quam & Praxis Saxonica non respuit, si necessitas ambages non tolerat. Imo & tum actuario soli insinuationem fieri posse, ex DECIS. ELECT. *XLV.* discimus. Plane, si & judicis & actuarii officium in unam personam cadat, forsan, quando judex actuario

vices

vices suas delegat, vel alicui universa jurisdictio mandata est, huic soli testamentum insinuare sufficit Wernher. *P. I. obs. XXVI.* Leyser. *Spec. CCCLVI. med. III.*

Ad acta reponat) Sed, modo sigillo judiciali muniatur, adhuc fide publica sustinebitur, tametsi postea testatori ultimam voluntatem reddat judex, isque eam inter chartas suas privatas asservet. Sufficit enim, actum ipsum judiciali auctoritate esse peractum. Nec documentum judiciale vim suam amittit, etiamsi in privati scriniis repositum inveniatur. Quod in Saxonia lege publica confirmatum est, modo sigillum reperiatur illæsum, & voluntatis mutatio probari nequeat Decis. Elect. *XLIV.*

Duae personae) Leges Saxoniæ Electoralis ita disponunt, necessariam esse judicis, Actuarii, & unius Scabini, vel Actuarii & duorum Scabinorum præsentiam, nisi Actuarius & judex in una persona concurrat, tum enim unum præterea Scabinum adhibere sufficit Decis. Elect. *LXXIII.*

Vel in scripto offert) Quid vero, si testator neque scribere neque legere possit, & tamen scriptum testamentum offerat. Tum adhuc opus est prælectione, ut constet, anne aliquid contra testatoris voluntatem testamento sit insertum. Stryck. *Cautel. Testam. cap. XIII. §. XXI.* Böhmer. *Diss. de testamento non prælecto.* Quamvis enim alii ex silentio *L. XXI. C. de testam.* colligi posse existimant, tuto prælectionem in testamento im-

imperiti literarum omitti, ipſa tamen natura negotii, quod omnem fraudem hic præcavere jubet, exigere videtur, ut de voluntate teſtatoris certam ſcientiam ſibi judex acquirat. Quare nec dubito, quin prælectio in teſtamento quoque privato, quod imperitus literarum in ſcripturam redigi juſſit, adhibenda ſit, & inſimul uſum inſignem præſtet cautela, ut teſtibus præſentibus teſtamenti inſpiciendi copia detur STRYCK. *d. tr. cap. IV.* §. *VII.* Hoc certe fatentur omnes, qui etiam prælectionis neceſſitatem remittunt, nil magis conferre ad ſeriam teſtatoris voluntatem colligendam, quam ſi de prælectione conſtet.

JUDICEM EJUSQUE ACTUARIUM ADESSE) Quid, ſi Sculteto pagano teſtamentum fuerit inſinuatum? Non ſubſiſtet teſtamentum. Judex enim requiritur, qui juriſdictionem habet, utut competentia ejus haut deſideretur. Noſtri autem Sculteti pagani juriſdictionem non habent. Quid ſi parochum cum teſtibus duobus elegerit teſtator, ut coram eis teſtamentum conderet? Tolerat tale teſtamentum Jus Canonicum in *c. X.* X. *de teſtament.* validumque judicatur in terris Pontificiæ religioni addictis. Cleri enim intereſt, ut ob legata ad pias cauſas ſubſiſtant teſtamenta abſque multis ſolennitatibus, eamque ob cauſam jam ante receptionem Juris Romani Germanis rem teſtamentariam commendarunt, vid. SCHILTER. *Exerc. XIV.* Cumque facile præviderent, moribundo adſtiturum parochum, voluntatem ultimam coram hoc & duobus teſtibus, quorum copia facile quoque

que haberi poterat, ratam esse voluerunt. Sed post juris Romani receptionem hic testandi modus exolevit fere. Certe vim judicialis testamenti voluntas ea ratione declarata habere nequit, cum parochus jurisdictionem non habeat. Nisi igitur in aliqua provincia consuetudo tale testamentum confirmet, nullius id erit efficaciæ.

## Aphor. X.

CERTIS SOLENNITATIBUS ADHIBITIS) Quarum vix aliam rationem, quam, quæ ab antiquo testandi apud Romanos modo desumitur, dari poteris. Nam quod uno contextu fieri debeat testamentum, id inde est, quia comitia, in quibus olim testamenta condebantur, non poterant ex parte differri in alium diem NICOLAUS GRACCHUS *de Comit. Veter. Roman. p. 5.* Numerus quoque septenarius testium ideo invaluit, quia olim populus per quinque curias ad Comitia vocabatur. Sextus vero & septimus in locum Libripendis & Antestati surrogabatur. Hi enim olim in testamento per æs & librum adhibebantur. Nec jam deerit ratio, quare solenni rogatione testis ad testimonium dicendum vocandus erat. Ipsa denique qualitas testium a jure suffragii in Comitiis derivanda est. Et hæc sunt, quæ antiqui juris formulam indicant. Alia tamen solennia v. c. testium signa ex jure Prætorio superaddita sunt. Alia denique ex Constitutionibus Principum accesserunt, & Justiniano natales debent. Conf. *L. XXVIII. sq. C. de testament.* ut sic forma testamenti privati solennis externa ex vario jure Roma-

no mixta sit, quod non diffitetur Justinianus in *tit. J. de testam. ordinand.*

## Aphor. XI.

De hoc actu testentur) Non enim eo fine adhibentur, ut testimonium de voluntate testatoris ferant, sed ne testamentum solennitate careat. Quare etiam nil interest, quanam lingua testamentum scriptum sit, & an testes eam intelligant, modo ipse testator eam intelligat *L. XX. §. IX. D. qui testam. fac. poss.* Quæ omnia secus in testamento nuncupativo, cum de eo facto testes post mortem testatoris deponere debeant *L. ult. in fin. C. de testament.*

Id subscribat) Olim quoque, si testator integrum non scripsisset testamentum, nomen tamen heredis per ejus vel testium manum erat exprimendum *L. XXIX. C. de testam. ordinand.* Quod postea ita mutatum per Novell. *CXIX. cap. IX.* ut sola subscriptio sufficeret, quamvis suadendum sit testatori, ut fraudis omnis evitandæ causa non testamento solum, sed singulis potius testamenti paginis nomen subscribat.

Signent et subscribant) Possunt tamen omnes uno annulo signare testamentum §. *V. J. de testament.* & alieno etiam annulo uti, imo, si annulo vel signaculo instructi non sint, alium characterem adhibere *L. XXII. D. qui testam. fac. poss.* add. Rec. Imper. *de anno 1512. tit.* **Von Testamenten** §. *VII. in fin.* Subscriptionem autem alteri committi non posse, colligunt ex *L. XXX. D. qui testam. fac. poss.* Nec aliud evincitur ex *L.*

*L. ult. C. de testament.* quippe quæ aperte eum casum loquitur, ubi testium, qui scribere queunt, copia fieri nequit, & ubi testibus omnibus de voluntate testatoris, quem heredem scripserit, constet. Quare consultum est, ut testator tali in casu, si testis rogatus scribere nequeat, nuncupative ultimum elogium condat STRYCK. *Cautel. Testam. cap. XV. §. XXXVIII.* Cæterum subscriptio & subsignatio conjunctim requiritur. *L. XXII. §. IV. qui testam. fac. poss.* Quamvis enim existiment alii, Jure prætorio testamentum ab uno alterove teste tantum signatum subsistere, cum Prætor olim præter testium signacula quid ulterius ad testamenti validitatem haud desideraverit *§. II. J. de Testament. ordinand.* Docet tamen allegatus titulus, antiquam testandi rationem sublatam ei vero aliam ex Jure Civili & Prætorio mixtam substitutam esse. Quapropter ista sententia fundamento destituitur, nec dubium erit, quin ejusmodi testamentum signatum solum nullitate laboret STRYCK. *de Success. ab intest. Disp. IX. cap. IV. §. LI.*

VNICO CONTEXTV FIAT) Quod tamen non ad actum scripturæ, sed ad solennitatis interpositionem, zu des Testaments Vollziehung pertinet. Adeoque validitati testamenti non obest, etiamsi testator voluntatem suam per intervalla in chartam conjiciat, vel ab alio scribi curet. Id solum caveat, ut omnes solennitates uno contextu adhibeat, id est, in præsentia testium omnium eum in finem advocatorum, prævia rogatione, voluntatem sub-

ſubſcriptione & ſubſignatione perficiendam curet, & ſic neque ad ſubſcriptionem properet, antequam omnes teſtes præſentes ſint, nec quemquam ex teſtibus, niſi abſolutis omnibus, quæ ad ſolennitatem pertinent, diſcedere ſinat *L. XX. §. VIII. qui teſtament. fac. poſſ.* Quæ cum ita ſint, nil obſtat, ne contractus in ipſo teſtamento celebretur. STRYCK. *Cautel. Teſtam. cap. XV.* §. *XL.* Præterea actus naturalis, medicinalis, morbus vel ſymptoma contingens, ſive in teſtatoris, ſive in teſtium perſona, actum non interrumpit *L. XXVIII. C. de teſtam.* Par ratio eſt actuum, qui a ſolitaria teſtatoris diſpoſitione dependent. v. c. ſi inter teſtandum pignus per modum legati conſtituat *L. XXVI. de pignerat. act.* Quod autem diximus, nil obeſſe, ne quis in teſtamento ſcripto contractum celebret, id ad teſtamentum nuncupativum applicari nequit, cum hic natura rei poſtulet, ut teſtator uno contextu & voluntatem ſuam coram teſtibus exponat, & ſolennitates adhibeat STRYCK. *dict. loc.*

## Aphor. XII.

OMNIA ALIA SOLENNIA IN HOC REQVIRVNTVR) Et hinc facile patet, teſtes non ſolum teſtatorem videre & loquentem audire debere, quippe quod in *L. XXI. §. I. C. de teſtament.* expreſſis verbis diſponitur, ſed etiam rogationem teſtium ſpecialem ad actum teſtandi fieri, eosque, quem in finem advocentur, ſcire debere. Nec aliud, exiſtimo, evinci poſſe ex *L. XXVI. C. de teſtament.* Ibi enim remittitur ſolum ſolenni-

tas

tas verborum, quæ olim teste *L. III. C. Theod. de testam.* si scriptum perficiendum esset testamentum, in rogatione testium adhibenda erat, non vero inde sequitur, rogationem testium specialem in testamento nuncupativo plane cessare. Præterea & hæc ad validitatem testamenti nuncupativi requiruntur, ut omnia palam fiant, & clare exprimantur *L. XXI. §. I. D. qui testam fac. poss.* Nam ad testamentum nuncupativum testes non solennitatis solum, sed & probationis causa adhibentur, ut mortuo testatore de ejus voluntate testimonium ferre possint, quamvis non præcise omnes probationis gratia producendi sint, sed duos adesse, qui de ipsa voluntate ultima ejusque solennitate deponunt, sufficiat, cum alia ratio sit condendi, alia probandi testamenti MEVIUS *P. IV. Decis. XIII.* Interim ex prioribus sequitur, testes non solum linguam testatoris intelligere debere, sed testatorem quoque heredem palam nuncupare debere, ut ejus nomen audiant testes. Et sic testamentum nuncupativum mysticam siue implicitam heredis institutionem, quæ per relationem ad schedulam certam fit, omnino respuit. Id enim, quod palam fieri debet, per relationem ad aliud expediri non potest. *L. III. & XL. D. de Jur. fisci.* Eaque sententia approbata est in *L. XXIX. C. de testam.* & *Ordinat. Maximiliani I. de anno 1512. tit.* von *Testamenten* §. aber die Form. ut sic parum consulant heredi & testatori, qui contrariam sententiam fovent vid. STRYCK. *de Cautel. testam. cap. XVI. §. XXV.*

In

In teſtamento ſcripto vero myſticam heredem inſtituendi rationem locum habere, absque fundamento BERGER. *in Oecon. Jur. p. 350. n. 6.* negat, cum eam leges ipſæ diſertis verbis admittant, vid. *L. XXXVIII. D. de condit. & demonſtr.* L. *LXXVII. de hered. inſtit. L. XXV. D. de rebus dub.* add. SCHILTER. *Exercit. XXXVIII. §. XLIII. in addition.*

IN IPSO ACTV TESTANDI) Quod quidem omnino conſultum erit, cum ſic non poſſit deeſſe probatio, teſtatorem vere & ſolenniter voluntatem ſuam expoſuiſſe. Eſt tamen hoc in caſu neceſſe, ut teſtibus ante diſceſſum prælegatur teſtatoris ultimum elogium. vid. *Conſtit. Maximilian. de anno 1512. d. tit. §. XXXVII.* BÖHMERI *Diſſert. de teſtament. non prælect.* quo certiores fiant, alia in ſcripturam non eſſe redacta, quam quæ teſtator verbis protulit. Interim ſcriptura accedens ex teſtamento nuncupativo ſcriptum non facit, cum non ad ſcripturam ſubſequentem, ſed ad actum ipſum teſtandi reſpiciendum ſit. Et ſic quoque validitati teſtamenti nuncupativi nihil decedit, etiamſi inſtrumentum ſuper actu teſtandi confectum defectu quodam in formalibus laboret, modo ex depoſitione teſtium de voluntate teſtatoris conſtet. Id enim, quod ab actu plane abeſſe poteſt, ſi vitioſe adſit, actum ipſum non vitiat STRYCK. *Cautel. teſtament. cap. XV. §. XLVII.* Et ita etiam judicarunt Scabini Jenenſes Menſ. Martii 1736.

Aphor.

## Aphor. XIII.

Cum quibus testamenti factio est) vel si mavis, qui olim juris Comitiorum participes erant. Nam mulier testamenti factionem tam activam, quam passivam habet, nec tamen testis ad testamentum evocari potest. Ex eadem itaque ratione abesse jubebatur, qui surdus, mutus, impubes, ille, cui bonis interdictum erat; furiosus item excludebatur.

Testis, qui est in patria potestate) De inhabilitate testium a conjunctione desumta sequentes regulas formant, earumque subsidio rem omnem conficere student. I) Conjunctio testium inter se, etiamsi cum Patria potestate sit conjuncta, testamentum non vitiat, quia hic nulla fraudis suspicio adest *L. XVII. D. qui testam. fac. §. VIII. J. de testam. ordinand.* Pater enim & filius in Jure Romano pro una quidem habentur persona, sed tum demum, quando inter se negotium celebrant, non vero, si ad tertium referuntur. Unicus tamen hic casus est exceptus, si testis & testator in eadem patris potestate sint Lauterbach. *Diss. de singul. fratr. jurib. membr. II. §. II. n. 7* II) Conjunctio testium cum testatore tunc testamentum vitiat, quando cum patria potestate est conjuncta *§. IX. J. de testam.* III) Conjunctio testium cum herede semper vitiat testamentum, quamvis cum patria potestate intuitu heredis non sit conjuncta. Semper enim subesse putant periculum, ne testes heredis causa testatorem inducant, ut in ejus gratiam disponat. Verum hæc regu-

regula §. *X. J. de testam. ordinand.* non est conformis. Quatuor enim casus, qui in allegato textu occurrunt, ubique vinculum patriæ potestatis præsupponunt, docetque ipse contextus, de *aliis* consanguineis legislatorem non cogitare.

Non vero prohibentur legatarii) Olim nil obstabat, ne ipse heres in scripto testamento testis adhiberetur. Ipsa enim antiqua testandi ratio ita comparata erat, ut testis rogatus nesciret omnino, utrum ipsi quicquam in testamento esset relictum. Quod ex Ulpiani *Fragment. Tit. XX.* docui in *Constit. omissis Manip. II. obs. V.* Sed noluerunt postea Legislatores heredem ad testimonium admittere, quia, sublato antiquo mancipationis actu, omne negotium testamentarium agebatur inter testatorem & heredem. Legatarios vero & fideicommissarios, utut & his obstare videatur, quod testes in propria causa sint, non demum Justinianus, ut ipse gloriatur in §. *XI. J. de testam. ordinand.* testes in testamento, in quo ipsis aliquid adscriptum erat, adhiberi permisit; sed idem jus jam obtinuit tempore Trebatii *L. XIV. D. de reb. dub.* sub Nerone Suetonius *cap. XVI.* sub Trajano Plinius *Lib. II. Epist. ult.* Eandem sententiam fovit Scævola *L. III.* §. *III. Cod. Theod. de testam.* ut & Ulpianus *L. XX. pr. D. qui testam. fac. poss.* Demum Zeno Imperator publica lege corroboravit *L. XXII. C. de testament.* Conf. *Comment. ad Constit. omiss. loc. alleg.* Cumque rationem, cur legatarius & fideicommissarius testis esse possit, Justinianus inde derivet,

rivet, quia non successores juris sunt, facile patet, nihil hic interesse, sive testator voluntatem suam in scriptis relinquat, sive nuncupative testetur STRYCK. *Cautel. testam. cap. XV.* §. *XLVIII.*

## Aphor. XIV.

IN ISTO LOCO, VBI TESTAMENTVM CONFICITVR) Idem asserit MYNSINGER. *Lib. I. obs. XIX. sq.* GAIL. *Lib. II. obs. CXXIII.* A SANDE *Lib. IV. rer. judicat. Tit. I. Def. XII.* Quorum sententiam alii quidem admittunt de rebus mobilibus, quæ personam, cujus ossibus cohærent, sequi solent. Immobilium vero intuitu ad leges loci, ubi sita sunt, testatorem in condendo testamento respicere debere existimant. Sed recte distinguit VINNIUS *Lib. II. Select. quæstion. cap. XIX.* inter formam seu ritum disponendi, & rem ipsam, de qua disponitur. Quæ enim in rem concepta sunt statuta, rem quoque afficiunt, eamque, ubicunque est, legibus ejus loci, ubi est, subjiciunt. Quæ vero statuta actus tantum solennitatem determinant, neque rem afficiunt, neque personam, quæ de re disponit, sed formam solummodo actus determinant. In omnibus autem actibus valide expediendis ad solennia loci, ubi geruntur, respiciendum est *L. VI. D. de Evictión.*

Tit.

# Tit. XVI.
# De teſtamento militari & aliis minus ſolennibus, ſeu privilegiatis teſtamentis.

AD RVBRICAM) Teſtamenta minus ſolennia non eo in ſenſu ita nominantur, tanquam ſolennitas omnis in iis condendis ceſſaret, ſed in ea potius ſignificatione, ut non eas ſolennitates præciſe requirant, quæ in teſtamento condendo regulariter adhibenda ſunt. Nam omne teſtamentum minus ſolenne expreſſam legis diſpoſitionem præſupponit. Nec ideo aliæ ſolennitates ceſſant, quam quas lex remiſit. Imo præterea eæ ſolennitates adhibendæ ſunt, quæ lex in locum earum, quas remiſit, ſurrogavit.

## Aphor. I.

IN EXPEDITIONE OCCVPATI) Rationem privilegii teſtamenti militaris alii cum Triboniano vi *princ. J. de teſtam. milit.* in imperitia militum collocant, alii a ſtatu expeditionis derivant, qui tot ſolennia non admittit, quæ in otio & pace adhiberi poſſunt, & ideo *L. unic. pr. de bonor. poſſ. ex teſtam. milit.* in ſubſidium vocant, alii denique a ſtatu militari Romanorum, qui militem lectum non mercenarium habebant, deducunt, ut ſic præmium eſſet, quo cives ad militiam ſubeundam allicerentur THOMASIVS *Diſſert. de prim. initiis ſucceſſ. teſtam.* §. *XVIII.* Sed, quod ad priorem attinet rationem, utut eam Vlpianus quoque in *L. I. D. de teſtam. milit.* ſuam faciat, nec aliam ipſi

ipsi privilegii conditores loquantur, vera tamen non est; cum certissimum sit, olim multos castra secutos esse, qui juris scientia excellebant. Tertia vera est, si jus Romanum ante tempora Justiniani spectes. Nam tum temporis privilegium omnibus militibus datum esse, ob ipsam conditionem, in qua vivebant, ut jure privilegiato testarentur, atque ideo nullam locum sibi vindicasse distinctionem, nec temporis nec loci, ubi essent constituti, sive in expeditione, sive alibi, sive in hybernis, in stativis, in ædibus, ex textu VLPIANI, qui *Fragment. Tit. XXIII. §. X.* extat, docui ipse *in Constit. omiss. Manip. II. obs. VI.* Et olim quidem in procinctu solum stantes & ad prælium ituri jure militari, non tamen omnibus solennitatibus remissis, sed adhibitis tribus vel quatuor testibus, heredem nuncupare poterant VELLEJVS PATERCVL. *Lib. II. cap. V.* postea vero a Cæsare, Tito, Domitiano, aliisque statutum, ut militis rata esset voluntas, quoquo modo testamentum fecisset, modo de herede constaret, eumque in finem probationis gratia, si miles heredem nuncuparet, testes adhiberentur. *L. I. pr. D. de testam. milit. L. XXIV. D. Eod. §. I. J. Eod.* add. *L. unic. D. de bonor. possess. ex testam. milit.* Secunda denique ratio ad testamenta militum temporibus Justiniani pertinet. Nam ille *pr. J. de testam. milit.* & *L. XVII. C. Eod.* privilegium restrinxit magis, atque voluit, ut, cum olim miles indistincte jure militari testari posset, nunc miles solum in expeditione constitutus, respectu habito ad periculum, quod quovis

momento ſubire deberet, privilegiatum conderet teſtamentum, in caſtris vero conſtitutus, duos adhiberet teſtes, in loco degens, ubi nullum immineret periculum, jure Communi voluntatem ultimam exponeret, quod confirmavit *Maximilianus I. loco* ab Auctore allegato.

## Aphor. II.

Intra annum tantum) poſt miſſionem ſcilicet honeſtam & cauſariam. Ignominioſa miſſio privilegium ſtatim irritum faciebat. Conf. de miſſionibus his Lipsii *Tract. de milit. Veter. Rom.* Cæterum ſi miles intra annum moritur, teſtamentum adhuc jure militari valet. Sin annum ſupervivit, aliud teſtamentum cum omni ſolennitate condere debet. Sin miſſus & iterum cinctus, & quidem intra annum, teſtamentum adhuc valet. Si poſt annum, voluntatem de novo declarare debet.

Extenditur quoque) Militem enim proprie quidem nominamus, qui in numerum relatus eſt, & caſtra ſequitur, ſed in ſenſu juris privilegio militum gaudent omnes illi, qui caſtra ſequuntur, iisqu eutilitatem aliquam afferunt. Certe in his, ſi teſtamentum condunt, eadem ratio adeſt, quæ privilegium ratione modi teſtandi produxit.

## Aphor. IV.

Fiat miles) Sed ſi accurate loqui amas, potius dixeris, militis, qui ante militiam non jure teſtatus eſt, teſtamentum valere, non ideo, quod tale teſtamentum per declarationem convaleſcat, ſed

ſed quia miles, ut miles, voluntatem noviter expoſuit. Hoc enim, ut ex Auctore conſtat, omnino requiritur, quamvis leges fingant, teſtamentum tale non ante militiam, ſed in ipſa militia factum eſſe. Cæterum, qui, dum jure militari teſtari poteſt, jure communi teſtamentum conficere incipit, ante vero, quam omnes ſolennitates adhibere potuerit, moritur, timere tamen non debet, ne teſtamentum irritum fiat. Nam nihiloſecius valebit jure militari *L. III. D. de teſtam. milit.* modo ratione voluntatis perfectum ſit. Quod alias in teſtamento juris Communis ſecus eſt, quippe quod tam ratione voluntatis, quam ratione ſolennitatum perfectum eſſe debet.

## Aphor. VI.

SI SEPTEM HABERI NEQVEANT) Ergo hodie hoc privilegium non adeo magni erit momenti, quia copia teſtium plerumque & ruri haberi poteſt. Hoc tamen hodie adhuc habebit utilitatem, quando *d. L. fin. C. de teſtament.* permittit, ut in teſtamento ruri confecto omnes teſtes teſtamentum proprio chirographo ſignare non debeant, ſed pro imperito literarum alter teſtium ſubſcribere poſſit. Sicut nec hoc omittendum eſt, quod ille, qui teſtamento ejusmodi coram quinque teſtibus condito objicit, plures teſtes eo momento, quo ſolennitas peracta eſt, haberi potuiſſe, id ipſum probare ſine dubio debeat, cum ſæpius, qui ruri degunt, vel agriculturæ operam dant, vel in urbe negotiationis cauſa ſunt, ut eos conveniendi non detur locus.

## Aphor. VII.

ADEOQVE SI) Tu nota, ad validitatem testamenti parentum inter liberos hæc requiri, ut præter voluntatis declarationem 1) liberi heredes instituantur STRYCK. *Cautel. testam. cap. X. §. X.* II) inter solos liberos dispositio fiat vid. Aph. seq. III) annus & dies addatur AVTH. *quod sine C. de testament.* IV) omnia literis integris scribantur BÖHMER. *Diss. de script. non legib. cap. III.* V) nomina liberorum specialiter exprimantur *d. authent.* VI) integrum testamentum testator vel sua manu scribat, & tum valet, etiamsi non subscripsit, modo de seria, certa & constanti voluntate non sit dubium, vel ab extraneo scriptum subscribat. Quod enim in NOVELL. *CVII. cap. I.* statutum, ut parentes propria manu filiorum nomina & cætera scribant, id postea per NOVELL. *CXIX. cap. IX.* mutatum est vid. STRYCK. *Cautel. Testam. cap. X. §. XX.*

## Aphor. VIII.

SI DVO TESTES ADHIBITI) Sed non desunt, qui, si persona extranea admiscetur, nullos testes cum SCHILTERO *Exercit. XXXVIII. §. CXXIV.* desiderant. Sunt etiam, qui quinque testes adhiberi volunt cum BRVNNEMANNO *ad auth. quod sine C. de testam. n. 18.* Sed prior sententia cum NOVELL. *CVII. cap. I.* pugnat, quippe in qua testium adhibendorum mentio fit. Atque hæc testes adhibendi necessitas imposita alios movit, ut ad numerum quinarium respicerent, cum

cum in materia ultimarum voluntatum testium appellatione non duo intelligantur, sed quinque minimum desiderentur. Usu tamen fori, minimum Saxonici, invaluit, ut duo testes sufficerent, vid. CARPZOV. *P. III. Const. IV. def. XX.* BERGER. *P. I. Resp. CCLVI.* Idem placere Helmstadiensibus testatur LEYSER. *Spec. CCCLXVII. med. VI.*

EXHAERENDATIO VERO LIBERORUM) Cujus opinionis rationem hanc reddit Auctor *Syntagm. Jur. Civ. Ex. XXXII. th. XIX. in fin.* ne, quod in favorem liberorum introductum est, in eorum odium detorqueatur. Verum privilegiata testandi ratio parentum potius, quam liberorum, favorem respicit. Cumque parentibus obligatio sit imposita, ut liberos vel heredes instituant, vel exheredes scribant, certe, quia institutio in testamento minus solenni fieri potest, exheredatio etiam recte fiet, cumprimis deficiente lege prohibitiva STRYCK. *Cautel. testam. cap. X. §. XVIII.*

## Aphor. IX.

QUISQUE CAPERE DEBEAT) Et hic vel patris vel liberorum subscriptio sufficit Nov. *XVIII. cap. VII.* Imo cautela est, ut utrorumque subscriptio adhibeatur, quo ipsa divisio pacti instar valeat, nec ex capite læsionis facile revocetur. Caveant tamen parentes, ne legitimam lædant, *L. fin. C. famil. hercisc.* neve heredes liberos instituant, cum in eo testamentum parentum inter liberos & divisio paterna essentialiter differant.

## Aphor. XI.

PESTIS IN LOCO TANTUM GRASSETUR)

Nec immerito. Nam facile ex *L. VIII. C. de testament.* apparet, privilegium non testatoris, sed testium magis rationem habere, quorum copia & numerus pestis tempore uno momento non facile potest haberi. Quapropter privilegium recte extenditur ad omnes morbos contagiosos, qui terrorem incutiunt. De eo vero, an sufficiat, pestem grassari in loco, utrum necesse sit, ut domus testatoris infecta sit, Doctores Saxonici non conveniunt, ut ex Auctore constat. Sed si res ex principiis Jurisprudentiæ Saxoniæ Electoralis conficienda est, ob expressum textum in *Constit. Elect. IV. P. III.* Carpzovii sententia erit præferenda. add. PHILIPPI *ad Decis. Elect. XLII. obs. II.* WERNHER. *P. V. obs. LXXIV.*

## Aphor. XII.

VOLUNT VALERE) Sed absque lege, ceu fuse demonstrat STRYCK. *Cautel. testam. cap. XIV. per tot.* Certe extra legis dispositionem jura specialia de casu ad casum non sunt extendenda. Quare etiam CORNELIUS VAN ECK *pecul. Dissert.* negat, parturientis mulieris testamentum privilegiatum esse posse. Quam opinionem quidem iniquam dicit LEYSER. *Spec. XIV. med. V.* & parturientis testamentum, in quo condendo foeminæ solum testes adhibitæ sunt, valere debere contendit, cum necessitas non habeat legem, & tempore partus virorum præsentiam regulæ decori impediant. Verum sola necessitas id operari non poterit, ut a lege recedamus, cum alias eo prætextu in aliis quoque casibus vis legum facile everti possit.

Aph.

## Aphor. XIII.

ETSI TESTES NON ADSINT) Quæ sententia *c. XI.* X. *de testam.* omnino conformis est, ut ratio adjecta, & canones conciliorum, ad quos provocat Pontifex, indicant. STRYCK. in *Not. ad Brunnem. Jus Eccles. Lib. II. cap. XII. §. IV.* Servatque ideo usus fori hanc opinionem, quod talis dispositio, nullis testibus intervenientibus, modo voluntas probari possit, subsistat LYNCKER. *Cent. III. Decis. CCXXVI.* STRYCK. *Cautel. testam. cap. XII. §. III.* WERNHER. *P. I. obs. XXI.* Indeque sine dubio est, quod lis, si heres voluntatem defuncti neget, inficiando crescat. Cæterum piæ causæ relictum id censetur, ad quod relinquendum testatorem singularis pietatis ratio movit, quæ ipsa tamen, cum sæpius a superstitione proveniat, ipsam dispositionem satis impiam plus simplici vice producit.

# Tit. XVII.

## De heredum institutione in genere, & in specie de liberis & posthumis, ut & parentibus & fratribus sororibusve instituendis vel exheredandis.

## Aphor. I.

TOTIVS TESTAMENTI APPELLATVR) Atque sic testamenta omnem vim ex institutione heredis accipiunt. Quare olim hæc ipsa institutio prius peragenda erat, quam testa-

testator de reliquis testamenti capitulis voluntatem suam exponeret. PAVLVS *Lib. III. Sententiar. Tit. VI. §. II.* Quod tamen postea mutatum, utque testatoris magis voluntas, quam scripturæ ordo inspiceretur, dispositum est. Quamvis constitutionem ipsam merito desideres, quod docui in *Const. omiss. Manip. III. obs. VIII.* Utut itaque testamentum, in quo heres non est institutus, non possit non corruere, non tamen hodie præcise requiritur, ut verbis dispositivis & directis fiat institutio, sed qualiacunque verba sufficiunt, quibus testator voluntatem suam heredis intuitu declarat, per expressam *L. XV. C. de testamentis.* Sic verba communia etiam haben, behalten, vermachen, theilen, de institutione accipiuntur CARPZOV. *P. III. Const. IX. def. VII.* BERGER. *P. I. Resp. LXXVIII.* WERNHER. *P. III. obs. CCXXVI. P. VII. obs. XIX.* LEYSER. *Spec. CCCLX. med. I. seq.* Quæ cum ita sint, nec institutis nocebit, quod sint in conditione positi, utut antiquo jure id ipsum institutionem non operaretur *L. VIII. si quis omiss. caus. L. CXIV. §. XIII. de hered. instituend.* Erant autem illi in conditione positi, qui non expresse instituti, sed sub conditione nominati, alio herede substituto v. c. Si Sejus heres non erit, Sempronius heres esto. Hic enim non Sejus, sed Sempronius heres institutus, Sejus autem in conditione positus est.

## Aphor. II.

REQVIRITVR) Præter requisita ab Auctore enumerata id etiam agere debet testator, I) ut de bonis

bonis disponat, quæ suæ dispositioni sunt subjecta II) ut de universis bonis disponat. Nam legibus adversum erat, ut quis pro parte testatus, pro parte intestatus decederet *L. LV. de Legat. I. L. VII. de Reg. Jur.* Quare etiamsi heres ex certa re solum institutus sit, nec tamen testator in reliqua hereditate coheredem scripserit, ille totam capit hereditatem *L. I. §. IV. de hered. instit. §. V. J. Eod.* Ex eodem principio id etiam profluxit, quod jus accrescendi locum habeat inter plures cohæredes & collegatarios, si unius portio vacet. Multum tamen interest, ut hoc in casu, ubi institutio in certa re facta est, dijudicemus, quem institutus respectum sustineat, utrum heredis, an legatarii. Sed otium nobis in hoc argumento jam fecit LEYSER. *Spec. CCCLXI. per tot.* qui omnem rem his regulis conficit: Quoties is, qui in re singulari heres scriptus est, coherede alio vel simpliciter vel in parte certa dato concurrit cum coherede & simul consideratur, toties legatarii tantum juribus fruitur. Quando vero sine coherede illo solus, aut intuitu extraneorum spectatur, tum in omnibus pro herede est habendus. Et sic si coheres adiit hereditatem, locum non habet jus accrescendi. Sin coheres deficit, is, cui singularis res est adscripta jure accrescendi omnem capiet hereditatem. III) Ut tempus institutioni non adjiciat, neque ut terminum ex quo, neque ut terminum ad quem. Ibi enim iterum obstaret regula, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit. Hic obest ratio, quod semel heres fa-

 ctus

ctus non possit desinere heres esse. Tempus itaque detrahitur, nisi ea intentione a testatore adjectum sit, ut tempore elapso hereditas per modum fideicommissi restituatur.

De certa testatoris voluntate constet) Hoc est, ex certa scientia & animi sententia facta sit. Quare I) error in persona omnino vitiat institutionem *L. IX. D. L. VII. C. de hered. instituend.* quando ita comparatus est, ut ex aliis indiciis haut colligi possit, de quo herede testator cogitaverit. Neque enim falsa demonstratio per se, neque error solus in nomine heredis invalidam reddit institutionem *§. XXIX. seq. J. de Legat. L. XXX. D. de testament. tutel.* Imo ne demonstratio quidem contumeliosa institutioni obest *L. XLVIII. §. I. D. de hered. instituend.* II) testator denominationem heredis tertio committere, & voluntatem suam in alterius arbitrium aperte conferre non potest *L. XXXII. de heredib. instituend.* Quod quidem Jure Canonico secus esse volunt, atque in *cap. XIII. X. de testament.* testatori cuicunque voluntatem suam voluntati alterius committendi facultatem concedi existimant. Sed fallunt. Loquitur enim capitulum de dispositionibus clericorum, nec tamen de omnibus, sed de iis solum, quæ ad pias causas respiciunt, & de bonis clericorum non patrimonialibus conceptæ sunt Böhmer. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. III. Tit. XXVI. §. L.*

Non sit captatoria) Quæ dicitur, quando institutionis conditio ad secretum alienæ vo-

voluntatis confertur, id est, si quis hereditatem pollicetur ea conditione, si heres eum vel alium heredem instituat *L. LXX. de hered. instit.* Quare semper in futurum, non in præteritum fit. *L. LXXI. Eod.* Si tamen quid video, Romani captatorias institutiones ideo damnant, quia pactum successorium sub iis latet, quod contra bonos Romanorum mores est. Hac vero ratione in Germania, ubi pacta successoria valida sunt, non deerunt institutiones captatoriæ, maxime in testamentis reciprocis conjugum & pactis dotalibus.

De certa heredis persona inde constet) Et ita quidem, ut institutio possit habere effectum. Quamvis enim tot instituere testator possit heredes, quot velit, in infinitum, ut loquitur *§. IV. J. de hered. instituend.* res ipsa tamen docet, semper eo respiciendum esse, utrum voluntas exitum invenire possit. Nihil enim ageret sine dubio testator, qui totum mundum institueret. Generatim itaque incertitudo inextricabilis vitiat testamentum. Si tamen heredis persona ex eventu, vel ex probabili testatoris voluntate fieri possit certa, valebit institutio. add. *§. XXV. J. de legat.* Sic pauperibus generatim institutis leges pauperes in loco, quo vixit testator, intelligunt *L. XLVI. & XLIX. C. de Episc. & Cleric.* institutionem Sancti, Ecclesiæ, quæ ab eo nominatur, prodesse jubent *L. XXVI. C. de SS. Eccles.*

## Aphor. III.

Necessario instituendi vel exhaeredandi) Olim ex Legibus XII. Tabularum

rum liberum Patrisfamilias ubique erat arbitrium, quid de facultatibus suis statuere vellet, liberosque pro lubitu præterire, instituere vel exhæredare poterat *L. XI. D. de liber. & posthum.* Atque hanc legislatoriam potestatem etiam memorat CICERO *Lib. I. de Oratore cap. XXXVIII.* Hoc solum interpretatione prudentum invaluit, ut pater, qui liberos suos sine justa causa præteriisset, moraliter furiosus, ejusque voluntas ultima inofficiosa diceretur. Postea cautum est Legibus, ut pater filios suos, quos in potestate habebat, vel institueret, vel nominatim exheredaret VLPIANVS *Fragment. tit. XXI. §. XXII.* Hac itaque ratione, ut de neglecto officio paterno liberi quererentur, non amplius erat necesse, cum ob præteritionem testamentum ipso jure fieret nullum. Verum hucusque neque matri exheredandi liberos imposita erat necessitas, quippe cujus silentium instar exheredationis erat §. *VII. J. de exhered. liber.* neque pater filiarum intuitu eandem observare debebat formam, quam respicere debebat, ubi de exheredandis filiis cogitabat. Filias enim inter cæteros, id est generatim non addito nomine exheredare poterat. Demum *L. IV. C. de liber. præter.* hanc inter masculos & foeminas sustulit differentiam. Denique discrimen inter patrem & matrem, liberos, qui in potestate essent, & emancipatos, intercedere noluit NOVELLA *CXV. cap. III.* regulamque struxit generalem, liberorum exheredationem nullam esse, si causa justa, eaque lege approbata, non esset addita, iniquam vero & inofficiosam, si ex præ-

præscripto legum exhæredatio quidem facta esset, heres tamen causam additam probare non posset. Quod utrumque eum habebat effectum, ut testamentum quoad heredis institutionem corrueret. Idque ad ascendentes etiam suo modo, ut & ad fratres & sorores per Novell. *XXII. cap. XXXVII.* applicatum est.

## Aphor. IV.

Cujuscunque gradus sint) Imo & posthumorum habenda est ratio, quod jure antiquo secus, cum, ex principiis Stoicorum, pro parte viscerum maternorum habiti, ne jure hominum quidem uterentur. Sunt tamen postea & jura hominum & jura liberorum iis tributa, quod alibi dixi. Et quamvis leges præcisam eos instituendi necessitatem haut imponant testatori, volunt tamen, ut post testamentum confectum nati voluntatem ultimam rumpant. Idque sine distinctione, sive post humatum patrem, sive post testamentum conditum nascerentur, sive denique juris intellectu per successionem in locum patris, per adoptionem vel legitimationem patri quasi agnascerentur. Alii enim posthumi legitimi sunt, alii Aquiliani, alii Vellejani, alii Juliani, alii denique Corneliani, de quibus egimus in *Constit. omiss. Manip. III. obs. VII.* add. Stryck. *de Cautel. testamentor. cap. XVI. §. VII.* Ne igitur deesset formula, tum posthumos eventualiter instituendi, tum hoc ipso præcavendi, ne testamentum rumperetur, varias veteres excogitarunt formulas, quas vide in *L. XXIX. de liber. & posthum. instituend.* Sed post

*L. XV.*

*L. XV. C. de testament. & L. ult. C. de posth. hered. instituend.* quæ verborum solennitatem tollunt, & voluntatem magis testatoris inspiciendam jubent, nil intererit, quibus verbis utatur testator, modo posthumos instituat.

## Aphor. V.

FORMA EXHEREDATIONIS ) Ut subsistat exheredatio, sequentia requiruntur I) verba dispositiva, quæ dubium de intentione exheredationis non relinquunt. Quare sub conditione institutus, sub contraria non censetur exheredatus *L. XVIII. pr. de bonor. possess. contra tabul. L. III. §. I. de liber. & posthum. heredib.* nisi hoc expresse dixerit testator *L. IV. C. de substit. & instit. L. LXXXVI. de hered. instituend.* II) verbis expressis, non silentio III) deliberato animo *L. XIX. C. de inoffic. testam.* Nocebit tamen exheredatio ex calore iracundiæ facta, si pater voluntatem non revocaverit. IV) ut fiat in testamento. *§. III. J. de Codicill.* Utrum tamen solenne vel minus solenne sit, nil interest. V) A tota hereditate. In parte institutus queri non potest. VI) Ex causa justa legibus approbata, & expresse adjecta NOVELL. *CXV. cap. III.*

CAUSA INSERATUR ) Alia itaque causa, quam Novella non approbat, nullam & injustam facit exheredationem, modo tamen hæc non sit facta bona mente *L. XII. §. II. de bon. libert.* Hanc enim leges disertis verbis permittunt *L. XLVII. Eod.* Sunt autem duo casus in legibus sigillatim approbati, in quibus talis exheredatio subsistit. Alter

ter est in *L. XVI. §. II. de Curator. furios.* ubi patri filium furiosum & prodigum præterire, & nepotes ex eo heredes scribere permittitur. Alter est in *L. XII. de bon. libert. & L. XVIII. de liber. & posthum.* ubi facultas conceditur patri filium impuberem prætereundi, heredemque extraneum instituendi, lege dicta, ut filio, puberi facto, hereditatem restituat. Verum dubium non est, extra hos casus etiam valere exheredationem bona mente factam, cum *d. L. XLVII. de bon. libert.* generalis, & ubique paritas rationis, ut pater filio consulat magis, quam præjudicium inferat, subsit, præterea etiam leges reliquæ allegatæ alios casus non excludant. Quæ cum ita sint, exheredationem filii obærati bona mente factam subsistere CARPZOV. *P. III. Const. IX. def. XI.* & LEYSER. *Spec. CCCLVIII. med. I. sq.* recte defendunt. Eundemque in modum JCti Jenenses responderunt interrogati Mens. Novembr. 1736.

COMPREHENDVNTVR) Aliæ itaque & diversæ causæ propter expressam legis dispositionem exhæredationem non operantur. WERNHER. *P. IV. obs. CXLI.* Quæ vero sub expressis comprehenduntur, eidem omnino locum faciunt. Et sic, quod de filio cum noverca concumbente asseritur, recte ad filiam, quæ rem cum vitrico habet, applicatur. Perinde etiam est, sive filius ipse, sive per alium, patrem injuria afficiat. Præterea etiam legibus provincialibus nonnunquam causis in Novella enumeratis aliæ superadditæ reperiuntur. Sic in Saxonia Electorali parentibus exhæredatio in totum

totum permittitur, si liberi non obstante crebriori dehortatione matrimonium invitis parentibus copula carnali consummant, quoad dimidiam vero legitimæ, si benedictio sacerdotalis accesserit BERGER. *Oec. Jur. p. m. 372. n. 5.*

MODO EJUSMODI SINT INJURIAE) Generatim Doctores atrocem injuriam exheredationi locum facere dicunt. Unde autem atrocitas æstimanda sit, non conveniunt invicem. Nam omnis injuria, quæ parentibus infertur, per se atrox est §. *IX. J. de injur. L. I. §. II. D. de obsequ. parent.* Sed facile colligimus ex Novella, subintelligi injuriam, quæ atrox est ex aliis etiam causis, quam persona patris, id est, quæ in extraneo etiam talis est. Quamvis non præcise requiratur, ut patri a filio crimen contra leges patratum objiciatur LEYSER. *Spec. CCCLVII. med. I.*

## Aphor. VIII.

NON AUTEM HAEC FORMA REQUIRITUR) Id facile concesserim, I) fratrum intuitu jus antiquum, quod hoc in casu mutatum non reperitur, observandum, sic vero non opus esse, ut causa exprimatur II) testamentum totum corruere, si ex lite de inofficioso testamento mota frater victor redeat. Quod autem addunt, fratre exhæredato causam adjectam non ab herede instituto probandam, sed ab exheredato, quod gratus fuerit, judici fidem faciendam esse, id omni fundamento caret. Nam pro fratre certe non militat solum præsumtio delicti exclusiva, sed & causa non adest, quare heredem affirmantem, fratrem ingratum

tum fuisse, ab onere probandi liberemus. Conf. GRIBNERI *Diss. an fratres instituta querela inofficios. testam. probare debeant, se gratos fuisse.*

## Tit. XVIII.

## De heredibus extraneis instituendis, & de conditionibus institutionum.

### Aphor. II.

PRO RATA INTER OMNES DIVIDITUR) Romani, quoties totum in partes dividere volebant, totum vocabant assem, partes uncias. Unus assis juxta legalem computationem duodecim partes habebat. Uncia erat duodecima pars. Sextans sive sexta pars assis duas habebat uncias. Quadrans, sive quarta assis portio tres uncias, unde etiam triuncium dicitur. Triens erat tertia assis pars, & faciebat quatuor uncias. Quicunx quinque uncias indicabat, semis erat dimidium assis, septunx septem, bes octo habebat duodecimas, Dodrans novem, Dextans decem unciis constabat. Deunx denique, quasi demta ex asse uncia, undecim assis partes constituebat. Ad hanc itaque assis divisionem testatores quoque in dividenda hereditate debebant respicere; Et tot quidem partes constituere, quot vellent, ita tamen, ut totum implerent. In hereditate enim, seu successione in universum jus defuncti, nil superesse poterat, de quo testator non disposuisset. Quapropter, si divisisset ita, ut assem partes non attingerent, reliquum accrescebat pro portione hereditaria. Sin vero plures, quam duodecim, fecisset partes, id, quod assem egrediebatur,

 tur,

tur, pro rata iterum decreſcebat. Nihilque intererat, ſive teſtator omnibus heredibus partes adſcripſiſſet, ſive quibusdam ſolum, & in reliquis partium mentionem non feciſſet. Quodſi tamen per partes quibusdam heredibus adſcriptas hereditas jam ita eſſet exhauſta, ut nil ſupereſſet, quod reliqui absque mentione partium inſtituti dividerent, Romani exiſtimabant, teſtatorem ad dupondium acceſſiſſe, id eſt voluiſſe, ut ex una aſſe duæ fierent aſſes, ſive viginti quatuor unciæ, ut ſic heredes partes adſcriptas pro dimidia, alteram dimidiam heredes absque mentione partium inſtituti caperent.

## Aphor. III.

PRO NON ADJECTO HABETUR) Rejecto itaque temporis vitio manet inſtitutio, ac ſi pure facta fuiſſet. Nam adjectioni diei ut termini a quo obſtat regula: Nemo pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedere poteſt. Adjectionem vero diei ut termini ad quem, impedit regula: Qui ſemel heres factus eſt, non poteſt deſinere eſſe heres. Ut autem dies omni fideicommiſſo tacite ineſt, ita & tum, ſi clauſula codicillaris adjecta ſit, diſpoſitionem valere, atque inſtitutionem directam in fideicommiſſariam flecti debere, exiſtimant.

VT CONDITIO SE HABET) Et ſic omnes hos caſus ſub unica hac regula comprehendes facile; Inſtitutio in diem incertum facta pro conditionata habetur. In utroque igitur caſu obligatio adeſt ad expectandum, hac tamen notata differentia, quod ante conditionem exiſtentem nuda ſpes adſit, nec actio naſcatur, adeoque etiam morte he-

redis

redis ante conditionis existentiam, ipsa spes expiret, atque jus transmissionis ad heredes exulet. Die vero adjecto actio statim nascitur, ita tamen, ut cum effectu demum post diem instituatur, sic vero ad heredes transmittatur.

## Aphor. V.

ALIA MIXTA) Probat hanc distinctionem Praxis. Sed rationibus rite subductis multa moneri possunt. Certe, si per casum intelligis fatum aliquod Stoicum, quod Romanorum JCtos cogitasse admodum probabile est, nulla conditio erit casualis, cum fatum necessitatem secum habeat. Sin casum de divina providentia accipis, non erit conditio potestativa.

## Aphor. VI.

INSTITVTIO SVSPENDITVR) modo tamen conditio extrinsecus adjecta sit. Sunt enim conditiones, quæ ex natura rei insunt, quasque tacitas vocare solemus. Sic in promissione fructuum annalium jam est conditio, si nascantur. Similes his sunt illæ, quæ ob legem dispositivam negotio insunt, ut, promissioni dotis, conditio, si nupseris. Inter has vero & proprias conditiones hæc intercedit differentia, quod hic obligatio ante eventum non adsit, ibi vero res statim debere incipiat, suspensa interim actione, donec conditio sequatur. Sic vero tacita conditio institutionem non facit conditionalem, licet exprimatur *L. XXI. L. XLVII. L. XCIX. de condit. & demonstrat. L. XLVIII. de verb. oblig.*

IMPLERI POSSIT) Sed licet impleri possit, jure tamen novo nihilosecius habebitur pro non adjecta, cum gravamen legitimæ contineat, & sic ob dispositionem *L. XXXII. & XXXVI. §. I. C. de inoffic. testam.* detrahenda sit. Plane in bonis, quæ liberis præter legitimam relinquuntur, quia in his habentur pro extraneis, quamlibet conditionem locum habere, dubio caret BRUNNEM. *ad L. IV. C. de instit. & substitut.*

## Aphor. VII.

CAUTIO ADMITTITUR) Eaque Jure Pandectarum coheredem adesse præsupponit, cui præstetur, cum impossibilem *L. IV. §. I. D. de condit. institut.* conditionem negativam judicet, si quis solus institutus sit. Sed jure Novellarum eam etiam substitutis & heredibus ab intestato præstandam esse, discimus ex NOVELL. *XXII. cap. XLIV. §. ult.*

SUB CONDITIONE POSSIBILI) Si itaque certo constet, factum præstari non posse, quod testator prohibuit, cautione plane non est opus, cum revera non sit conditio, ubi eventus certus est. Non itaque vitiat institutionem, sed hereditas pure relicta censetur *Leg. L. §. I. D. de hered. instituend.* Sigillatim itaque, quando testator instituerit sub conditione: Si Titio non nupseris, & mortuo testatore Titius jam diem obierit supremum, conditio amplius expectari nequit. vid. *L. CVI. D. de condit. & demonstrat.*

Aph.

## Aphor. VIII.

Ex patrui consilio et auctoritate) Hac itaque ratione conditiones, quæ libertati matrimoniorum obstabant, olim reprobatæ *L. XXII. LXXII. & L. C. de condit. & demonstrat.* in duplici casu valide adjiciebantur, I) in odium secundarum nuptiarum, *d. Nov. XXII. cap. XLIX.* quod olim apud Romanos magnum fuisse, aliunde jam constat. II) Si bona testatoris fuisset intentio, ut heredi vel legatario consuleret præcavendo, ne imprudenter matrimonium iniret.

## Aphor. IX.

Eam adimpleturus) Cæterum, quousque pendet conditio, vel curator bonorum constituitur, qui hereditatem administrat, vel etiam heredi sub cautione possessio conceditur, ex jure prætorio. De jure enim civili cautio ab herede non accipitur, nisi sit in possessione hereditatis *L. XII. qui satisd. coguntur.* Existente conditione, heredis institutio habetur pro pura, & conditionis existentia ad tempus mortis retrotrahitur. Sic vero heres scriptus omnia, sigillatim quoque fructus pendente conditione perceptos, consequitur. Ziegler. *Diss. de condit.* §. *CXXXI. sq.* modo hereditatem acquirat. Nam ipso jure hereditas ad eum non transit *L. XIII. D. de condition. instit.* præterquam ad heredem suum, & eum, qui sub cautione jam adiit. Sin plane deficiat conditio, & heres in possessione fuerit, omnia idem ille restituit.

Conditio extitisse intelligitur) Paucis nota: Casualis conditio impleri potest quan-

docunque, *L. VII. C. de institut. & substit.* nisi ad certum tempus sit restricta *L. XCI. de condit. & demonstr.* Potestativa non nisi post mortem testatoris, ut tamen etiam sciat heres, sub hac conditione se heredem esse scriptum *L. II. D. Eod.* Idem juris est in mixta. Et sic ejus impletio ante mortem testatoris heredi non prodest, modo tamen impletio sit reiterabilis. Alias enim sufficit, si quoquo modo impleta sit *L. X. sq. D. de condit. instit. L. VII. C. de institut. & substit.* Cæterum casuali & potestativa, (si heres hanc, cum possit, implere nolit) deficiente, heredis institutio evanescit. Alias, quoad potestativam & mixtam distinguunt, utrum impedimentum, ne conditio impleatur, ex facto tertii oriatur, an oriatur a mero casu. Ibi, si v. c. Caja nuptias renuat, conditionem habent pro impleta *L. III. L. XI. L. XXXI. de condition. & demonstrat.* cum testator supposuisse videatur, tertium consensurum esse. Hic si v. c. servus, qui vi conditionis manumittendus erat, moriatur, heredis institutionem iterum evanescere existimant. *d. L. XXXI. & L. XCIV. D. Eod.* Sed certe posteriori huic opinioni graviter obstat *L. LIV. §. I. & II. D. de Legat. I.* quippe quæ disertis verbis legatum, sub conditione, ut servus manumitteretur, relictum, deberi tamen ait, tametsi mors servi impedivisset manummissionem, addita ratione, quod per heredem non stetisset, quo minus ad libertatem perveniret servus. Sed tamen Praxis memoratam distinctionem approbat.

Aph.

## Aphor. XI.

HABENTUR PRO NON SCRIPTIS) Quia heres, cui ignoranti conditio additur, in eam non consentiit, ultima tamen voluntas ita interpretanda est, ut exitum habeat. Quod in actibus inter vivos secus, quippe quos conditio impossibilis adjecta ideo vitiat, quia res agitur inter præsentes & consentientes, qui, dum impossibilia in contractum deducunt, seriam paciscendi intentionem habuisse haud videntur. Sunt tamen, & conditionibus impossibilibus, ultimæ voluntati adjectis, sequentes casus probe distinguendi. Aut conditio impossibilis absolute talis, cui etiam derisoria æquiparatur *L. XIV. L. XXVII. de condit. instit. L. CXIII. §. ult. de Legat. I.* adjicitur institutioni extranei heredis. Eaque institutionem non vitiat. *L. VI. L. XV. de condit. instit. L. IV. §. I. de stat. liber.* si testatorem sanæ mentis fuisse constet *L. XXVII. §. I. de condition. instit.* Aut ejusmodi conditio adjicitur filio heredi instituto. Et institutio plane non valet, atque testamentum nullum fit *L. XV. Eod.* Aut adjicitur conditio secundum quid impossibilis, id est, quæ non omnibus, sed quibusdam solum, impossibilis est. *L. LXXXIII. de condit. & demonstrat.* Et hæc si deficit, institutionem etiam cessare facit, modo tamen testator non sciverit, heredem hanc conditionem implere non posse. Alias enim adhuc pro impossibili habetur, & institutio subsistit *d. L. IV. §. I. de stat. liber.* Aut conditio perplexa adjicitur, id est, quæ exitum non habet, & contradictionem involvit v. c. si Titius heres erit, Sejus heres esto: Si Sejus heres erit, Titius heres

esto. Et hæ vitiant instititutionem, quia nulla apparet voluntas, & dum alter alterum expectat, neuter heres est. *L. XVI. D. de condition. institut.* Quamvis, si rationes recte subducantur, id potius testatorem voluisse probabile sit, ut Titius & Sejus simul sint heredes, nec unus absque altero. vid. Thomasii Vernunfftlehre *cap. III.* §. *LXXV.*

## Tit. XIX.
## De Substitutionibus.
### Aphor. I.

PER SUBSTITUTIONEM) Cujus originem apte satis collocabis in cura Romanorum pro conservandis sacris domesticis, quæ interire facile nollent. Jam supra enim diximus, eam ob causam Romanos adoptiones quoque frequentasse, ut post mortem non deessent, qui sacra domestica continuarent. Idem substitutionibus efficere conati sunt, maxime, cum durus iste aditæ hereditatis effectus, ut heres ultra vires hereditatis responderet creditoribus, facile deterrere posset heredem institutum, ne adiret hereditatem, in qua æs alienum latitare poterat. Multa itaque testamenta hoc ipso fiebant destituta, ex quibus heres non esset. Quo sacra domestica non poterant non perire. Quare per surrogationem heredis secundi in locum primi sibi consulebant Romani, imo in subsidium ipsos servos instituebant, ut demum, si nemo alius adiret, tamen esset, qui necessarius fieret heres. Paulo rariores postea erant substitutiones, cum leges heredi jus deliberandi & beneficium inventarii con-

concessisset. Hodie vero, ubi substitutiones fieri videmus, eos plerumque alium habere finem, simul elucet, quod ex infra dicendis patebit.

## Aphor. II.

ALIA DIRECTA, ALIA OBLIQVA) Quæ ita a se invicem differunt. Illa fit verbis directis & imperativis, hæc precativis. Illa in testamento, hæc etiam in codicillis. Illa totam hereditatem in substitutum devolvit, hæc heredi instituto detractionem quartæ Trebellianicæ permittit. Illa fit eo fine, ne testamentum destituatur, & sic substitutus nil capit, nisi heres primus deficiat; hæc fit ea intentione, ut heres primus adeat, & secundo hereditatem restituat. Ibi heres hereditatem accipit beneficio testatoris, hic beneficio heredis primi. Sed & hoc demum inter utramque interest, quod directa, simulac heres institutus hereditatem adiit, expiret *L. XLV. de vulgar. & pupill. substit.* obliqua autem semper duret. Cæterum, si dubia res sit, quam substitutionem testator cogitaverit, leges magis pro directa, quam obliqua præsumunt *c. I. de testam. in 6to.* STRYCK. *Cautel. testament. cap. XVIII. membr. I. §. V.* Quia tamen allegatum capitulum præsumtionem illam ita restringit, si conveniat verbis & personis institutis, facile patet, eam ipsam conjecturas contrarias admittere, vid. exempla apud LEYSERUM *Spec. CCCLXII. med. II.*

## Aphor. III.

AD CUJUS EXEMPLUM) Paucis nota, inter vulgarem substitutionem & reliquas species hoc in-

primis intercedere discrimen, quod in illa leges, neque in testatore, neque in herede, peculiares qualitates desiderent, sed, a quocunque testatore, cuicunque heredi eam fieri permittant, cum e contrario & pupillaris & quasi pupillaris, ut & militaris vel testatoris vel heredis vel utriusque respiciant qualitates. Porro vulgaris ea sola fit intentione, ne heres desit, reliquæ vero alium etiam finem habent adjunctum.

## Aphor. IV.

REPETITAE CENSENTUR) Primario quidem voluntas testatoris, etiam præsumta, est inspicienda *L. IX. L. XXIV. de vulgar. & pupill. substit. L. XXIII. sqq. ad SCtum Trebell. L. CXXIV. de Legat. I.* Non tamen pigebit, has memoriæ mandare regulas I) heredes ex disparibus partibus scriptos sibique absque mentione partium substitutos, in tantum videri substitutos, in quantum sunt instituti *L. XXIV. D. de vulg. & pupill. subst. L. I. C. de substitut. impuber.* Idque verum esse, sive, substitutis sibi invicem coheredibus, portio deficiens obveniat jure substitutionis sive jure accrescendi, late docui in *Constit. omiss. Manip. II. obs. IX.* II) substitutum substituti esse etiam substitutum instituti, si nempe heredi instituto, coherede substituto dato, alius iterum substitutus sit. Qua in re olim quidem gravis inter JCtorum sectas intercessit dissensio, variæque excogitatæ sunt distinctiones, quas vide in *alleg. Constit. omiss. Manip. II. obs. X.* Sed omnem litem sustulerunt Severus & Antoninus vi Rescripti, cujus summam exhibet Justinia-

stinianus in §. *III. J. de vulgar. substit.* III) Testatorem plus dilexisse substitutum, quam heredes ab intestato. *L. II. §. III. D. Eod.* Quare ne heres quidem ab intestato admittitur, etiamsi heres minor institutus contra aditionem hereditatis restituatur in integrum, sed hereditas nihilosecius devolvitur in substitutum VINNIUS *L. I. Select. Qu. jur. cap. XIV.*

## Aphor. V.

VULGARIS SUBSTITUTIO) Quæ iterum recte dividitur in simplicem & reciprocam. In illa heredi primo secundus substituitur. In hac coheres coheredi. Quo minorem vero utilitatem illa hodie habet, ob rationem substitutionis deficientem, eo majus emolumentum afferet reciproca, quippe qua omnes de jure accrescendi lites, si unius heredis portio vacet, commode evitari possunt.

## Aphor. VI.

HERES NON ERIT) Imo & hoc attendendum, anne heredis heres possit admitti ad hereditatem. Tum enim hic substitutum adhuc excludit. Certe heredes sui etiam non aditam hereditatem acquirunt, & extra ordinem ad heredes iterum transmittunt. Quare, si modo heres suus institutus testatori superstes fuerit, & iterum heredes relinquat, ad substitutum hereditas non pertinebit. STRUVIUS *Exerc. XXXIII. th. XVII.*

COMPREHENDIT ETIAM ALTERUM) Quod in dubium quidem vocat HUBERUS *Prælect. ad tit. de vulg. & pupill. substit. §. I.* Sed infir-

infirma ratione, quod odiosa non sint extendenda. Nam cum leges in testatore præsumant, quod substitutum magis dilexerit, quam heredes ab intestato, certe hi melius excludi non possunt, quam si unus casus alterum sub se comprehendat, vid. STRYCK. *de Cautel. testam. cap. XVIII. membr. I. §. IX.*

## Aphor. VIII.

QVA PATRESFAMILIAS) Unicum hujus substitutionis fundamentum est patria potestas, quæ requiritur tempore conditi testamenti & mortis *L. XLI. §. II. de vulgar. & pupill. substitut.* Quare mater ita non substituit, ne hodie quidem. Quamvis enim nostro ævo æqualis parentum in liberos sit potestas, jus tamen illud substituendi patri proprium cum doctrina de testamentis locum sibi in foris nostris vi expressæ receptionis vindicavit. Porro, ut liberi in potestate patris immediate existant, requiritur. Et sic nepoti, patre intermedio vivo, ab avo ita substitui nequit. Finis interim hujus substitutionis est, ne filius impubes, penes quem non erat testamenti factio, intestatus moriatur. Quare iterum ultra pubertatem facta non valet. *L. VII. L. XIV. de vulg. & pupill. substitut.* In effectu autem, quantumvis ratione solennitatum unum solum adsit testamentum, duo hæc substitutio continet testamenta. Alterum sibi pater condit, in quo filium heredem instituit, alterum vi Patriæ potestatis condit filio. Hoc sequela est prioris, & sic pater sibi ipsi prius facere debet testamentum *L. I. in fin. D. Eod.* Inter utrumque testamentum vero hæc intercedit differentia, quod patris testamentum per-

perpetuum sit, filii adepta pubertate exspiret. add. MERILLIUM *Lib. III. obs. cap. XII.* Quod autem diximus, patrem sibi prius testamentum condere debere, id intelligendum de casu, quando diversis temporibus sibi heredem scribit, & filio pupillariter substituit. Si eodem tempore & uno contextu utrumque fiat, nil interest, etiamsi pater filio prius, quam sibi de herede prospiciat *L. II. §. V. de vulg. & pupill. substit.*

## Aphor. IX.

SUBINTELLIGITUR ETIAM ILLA) Quod hunc producit effectum, ut, sive filius heres sit, sive non, substitutus admittatur, hic quidem in tota hereditate tam patris, quam filii, ibi in patris solum hereditate.

## Aphor. XII.

HEREDEM SCRIBAT ET FILIOFAMILIAS) Inde vero est, quod substitutio evanescat, si patris testamentum exitu careat *L. II. §. I. L. X. §. IV. de vulgar. & pupill. substit.* Quod tamen ex NOVELL. *CXV. cap. III.* ita temperandum, ut heredis institutio solum corruat intuitu patris, reliquis capitulis in salvo manentibus, & sic etiam salva substitutione. Sicut & ad hujus conservationem sufficit, ut patri heres suus existat, etiamsi a paterna hereditate abstineat *L. XLI. de acquir. vel omitt. hered.*

## Aphor. XIII.

MATRI NIHILOMINUS LEGITIMAM DEBERI) Quod olim pater in herede, quem filio suo

ſuo daret, nominando, neque matrem, neque alios filio ab inteſtato ſucceſſuros, reſpicere debebat, inde eſt, quia jure ſuo teſtabatur, & ad legitimam uxori aliisque relinquendam non erat obligatus. Sed hoc noſtris vel ideo viſum eſt iniquum, quia pater non ſibi ſolum, ſed & filio teſtamentum condit, qui poſterior tamen legitimam matri minimum relinquere debebat. Quare ſubſtitutionem ſalva eorum, quibus jure debebatur, legitima, fieri debere judicarunt.

## Aphor. XIV.

PVBERTATE SVI HEREDIS) Et hic ſufficit, ut filius ultimum anni decimi quarti diem attigerit. Nam in teſtamenti factione, quæ puberi conceditur, ultima dies coepta habetur pro completa *L. V. D. qui teſtam. fac. poſſ.* BACCHOV. *ad* §. *ult. J. de pupill. ſubſtitut.*

NISI FIDEICOMMISSVM SVBSIT) Tunc enim, quia omnis ſubſtitutio pupillaris ita explicanda eſt, ut ne ultra pubertatem extendatur, & liberis poſt pubertatem teſtamenti factionem adimat. *L. XIV. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* ſubſtitutionem quoad patris bona valere dicunt, ut tamen ſalva ſit filio legitima, & integra quartam Trebellianicam deducendi facultas CARPZOV. *P. III. Conſt. VIII. def. XIX.* Verum tamen, dum in §. *VIII. J. de pupill. ſubſtit.* pubertate filii ſubſtitutio evaneſcere dicatur, vero magis eſt ſimile, omnem vim ſubſtitutionis poſt pubertatem ceſſare, nec in vim fideicommiſſi ſuſtineri poſſe, maxime, cum *L. VIII. C. de impuber. & al. ſubſtitut.* quam

quam pro sententia sua allegare solent Doctores, de dispositione militis solum loquatur, & præterea *L. LXXVI. ad SCtum Trebell.* quæ novum præsidium dissentientibus afferre videtur, casum contineat, ex præsumta patris voluntate ita explicandum, ut codicillos ab intestato facere, & quem ex substitutione directa heredem esse ratio juris non pateretur, ex fideicommisso tamen, quod jure facere poterat, scribere voluisset. add. VINNIUM *ad §. ult. J. de pupill. substit.* & WERNHER. *P. I. obs. CCCVI.*

## Aphor. XV.

SEU QUASI PUPILLARIS) Hujus substitutionis, quæ exemplaris dicitur, quia ad exemplum pupillaris est introducta, ut & Justinianea, ab auctore, vi *L. IX. C. de vulg. & pupill. subst.* unicum fundamentum est pietas, humanitas, seu providentia parentum. Quare cuilibet parentum permittitur hac ratione substituendi facultas. Ut sic erret STRUVIUS *Exerc. XXXIII. th. XXXV.* quando ad Patriam potestatem respiciendum, & patri hic quoque primas esse deferendas existimet. Nam ratio, quod patris voluntas matris voluntati præferatur, vera solum est in iis negotiis, quæ a patre privative dependent, non in iis, ubi æquale parentum jus est. Nec mere theoretica est hæc observatio, sed usum præstat in quæstione, quid juris sit, si plures parentes substituerunt, & substituto hereditas deferatur. Ex mente enim Struvii substitutus a patre in paternis, & substitutus a matre in maternis, non intuitu bonorum solum, a substituentibus in filium transmis-

missorum, sed & intuitu bonorum, filio propriorum, ita succederet. Sed verius est, in filii bonis omnes æqualiter succedere, cum omnium æquale sit jus succedendi.

## Aphor. XVII.

NECESSARIO SVBSTITVENDI) Nimirum in hac substitutione ordo successionis præcise est servandus, ita quidem, ut ex pluribus in pari gradu existentibus unus substitui possit, salva tamen reliquis legitima.

## Aphor. XVIII.

COMMVNIS EST SENTENTIA) Cum tamen non desint, qui recedente impedimento ipso jure substitutionem expirare existimant, cautela erit pro substituente, ut ad casum reversi impedimenti substitutionem expresse extendat. Quamvis enim hoc ipso facultatem testandi, si cesset impedimentum, liberis non adimat, efficit tamen, ut, si liberi intermedio tempore non testentur, substitutio duret STRYCK. *Cautel. testam. C. XVIII. membr. III. §. XXII.*

## Aphor. XIX.

PRIVILEGIATA SVBSTITVTIO) Eaque compendiosa etiam & breviloqua dicitur, quia miles unica formula: si heres meus quacunque ratione decesserit, substitutionem absolvit. A reliquis autem substitutionibus hanc differre per se patet. Miles enim, qui testaturus ad observantiam juris Civilis non adstringitur, nec regulas in substitutionibus expediendis præscriptas servat.

Tit.

# Tit. XX.
# Quibus modis teſtamenta infirmentur.
## Aphor. I.

DONEC RVMPATVR, IRRITVMQVE FIAT) Teſtamenta variis modis infirmari, ex titulo ipſo conſtat. JCti tamen Romani, qui in locutionibus admodum accurati erant, pro diverſitate circumſtantiarum teſtamento infirmato aliud dabant nomen. Si itaque vitium adeſſet in eſſentialibus & ſolemnitatibus vel externis vel internis, teſtamentum dicebant nullum. Si novo teſtamento revocaretur, vel poſthumus agnaſceretur, ruptum nominabant. Si teſtator capite diminueretur, teſtamentum fiebat irritum. Sin querela inofficioſi impugnaretur, dicebatur reſciſſum. Si denique ex teſtamento heres non eſſet, vocabatur deſtitutum.

IPSO JVRE NVLLVM EST) Omnis nullitas, ſive in forma teſtamenti externa, ſive in ejus forma interna reperiatur, teſtamentum vitiat, nec operabitur clauſula caſſatoria, ut teſtamentum nullum ſubſiſtat, cum teſtator in condenda lege privata adſtrictus ſit ad obſervantiam legis publicæ COCCEJVS *Diſſ. de clauſul. teſtament. cap. III. n. 92. ſq.* Clauſula vero codicillaris teſtamento, cui nonnulla ſolennia deſunt, adjecta, efficit, ut valeat inſtar codicilli, ſi modo eas adhibuerit teſtator ſolennitates, quæ ad validitatem Codicilli deſiderantur. STRYCK. *de Cautel. Teſtament. cap. XXIII.* Cæterum inter nullitates teſtamenti & hoc in effectu

discrimen intercedit, quod omissa forma externa totum corruat testamentum, sin vitiosa sit heredis institutio, hæc solum infirmetur, reliquis capitulis testamenti salvis.

## Aphor. II.

QVOD ILLVD VITIAT, ACCIDIT) Quod generatim fit, quando tempore mortis testatoris heredes adsunt, qui debebant institui, sed non instituti sint, quia tempore testamenti vel non existebant, vel existebant quidem, necessario autem instituendi non erant. Sigillatim vero, si posthumus agnascitur, testamentum in totum rumpitur, nec in ulla parte subsistit. Nam NOVELL. *CXV. cap. III.* jus antiquum hoc in casu non correxit, vid. VINNIVM *ad §. I. J. de exheredat. liberor.*

## Aphor. III.

REALI MVTATIONI VOLVNTATIS) Atque hic nihil interesse dicunt, sive simplex sit testamentum, sive reciprocum, cum nihilosecius in posteriori casu libera cuilibet testatori manere debeat facultas a voluntate iterum recedendi, *L. XXII. pr. de Legat. III.* etiamsi clausula de non revocando addita sit LYNCKER. *Resp. XXXVII. n. 12.* nisi in vim pacti hæc adjectio sit facta, RICHTER. *Decis. XXII. n. 20.* quod tamen non facile esset præsumendum LEYSER. *Spec. CCCLIX. med. IX.* Sed, quemadmodum testamenta reciproca Romanis plane incognita, & nullius momenti erant *L. XV. C. de pact.* Germani vero ea præsertim inter conjuges ab antiquissimis temporibus ita appro-

ba-

batunt, ut vim pacti successorii haberent, crederem ego, revocationem testamenti reciproci, si res ex principiis domesticis decidenda esset, ab uno testatore, altero invito, vix locum habere. Nam sive dicas cum SCHILTERO *Exerc. XXIX. th. LIV. sqq.* pactum tacitum successorium subesse, sive naturam testamentorum in subsidium voces, perinde erit. Ibi enim indoles pacti revocationem impedit. Hic, ne altera pars recedat, vel hoc unum prohibebit, quod testamentum reciprocum adsit, ex quo unicuique vi mutuæ dispositionis jus quæsitum enascitur. MEVIUS *ad Jus Lubecens. P. II. Tit. I. art. X. n. 32.*

NON SIT EXPRESSE REVOCATA) Et recte quidem, quamvis non desint Doctores, quos magno numero citat WERNHER. *P. I. obs. CCV.* qui contrariam defendunt sententiam. Horum enim rationes facile refelluntur per ea, quæ ex instituto laudatus WERNHERUS *d. l.* disputat. add. STRYCK. *de Cautel. testam. cap. XXIV.* §. *LIII. seqq.* Idem judicium esto de clausula juratoriâ priori testamento addita. Nam nec hæc impedit testamenti prioris revocationem. COCCEJUS *de clausul. testamentor. cap. II. in fin.* Tota res facile conficitur ex natura legum. Testatorem enim legislatorem esse, supra probatum dedimus. Nemo vero sibi ipsi legem dicere potest, a qua non possit iterum pro lubitu recedere, maxime, si addas, heredi instituto nullum adhuc jus quæsitum esse, sed hoc demum incipere a morte testatoris. Et quidni revocaretur testamentum, cum

tamen donatio mortis causa revocari possit, utut in consentientem & acceptantem collata. Sigillatim, si juramentum accesserit testamento, testator quidem, absque causa justa a priori sententia recedens, violare potest conscientiam, nova tamen ideo priori testamento non additur efficacia, cum jusjurandum novam non producat, sed veterem solum confirmet obligationem.

SIT JVRE PERFECTVM) id est consummatum, non ratione voluntatis solum, sed & ratione solennitatum. Sed & eo respiciendum, anne testator utrumque valere voluerit. Utut enim utrumque jure directo non valeat, valet tamen posterius jure directo, prius jure fideicommissario *§. I. J. quib. mod. testam. infirm. L. XII. §. I. D. de injust. rupt.* Præterea etiam requiritur, ut posterius post mortem testatoris integrum adhuc existat. Cancellato enim eo vel deleto prius reviviscit.

## Aphor. IV.

INVOLVCRVM TESTAMENTI ESSE RESIGNATVM) Nec sufficere, credo, ut mutatio voluntatis præsumatur, quando testator, qui antea nuncupativum condiderat testamentum, idque in scripturam redigi curaverat, hanc scripturam cancellat vel incidit. Quamvis enim BACCHOV. *ad Treutler Vol. II. Disp. X. th. VII.* defendat, facto hoc testatorem voluntatem mutatam satis declarare, haut tamen ignoramus, scripturam ad essentiam testamenti nuncupativi non pertinere, sed melioris solum probationis gratia accedere, ut sic, nisi alia indicia mutatæ voluntatis adsint, ex sola ista cancellatione

tione sufficiens vix desumi possit pro mutatione conjectura BRUNNEMANN. *ad §. VII. J. quib. mod. testament. infirment.*

## Aphor. V.

NUDA REVOCATIO) id est, quæ non habet conjunctam novi heredis institutionem. Nam testamentum nuda voluntate non ordinatur, & sic quoque nuda voluntate non revocatur. Sed, quid his tricis opus sit, non video, cum faciliori negotio testator rem omnem abolitione testamenti conficere possit.

## Aphor. VI.

CAPITIS DIMINUTIONE) Requirebant Romani in testatore habilitatem tempore conditi testamenti & tempore mortis. Sigillatim, qui utroque tempore liber, civis, aut paterfamilias non erat, valide non testabatur. Et si vel post testamentum conditum, cum antea habilis esset, in statum servitutis, peregrinitatis vel familiæ veniret, testamentum jure conditum fiebat irritum, nec ullum jure Civili proditum erat remedium, ut convalesceret testamentum, etiamsi testator tempore mortis iterum priorem recepisset conditionem. Quare Prætor hoc in casu, adhibita fictione, ac si, qui tempore testamenti conditi & tempore mortis habilis fuisset, semper fuisset habilis, jus civile emendabat. *§. VI. J. quib. mod. test. infirm.* Sed parum abest, quin totam hanc doctrinam hodie nullius usus esse dicam. Minimam enim capitis diminutionem hodie testamentum non infirmare, fatetur Auctor.

 Ser-

Servos Romanos non habemus. Peregrini vero recte testantur. Quodsi vero cum status mutatione confiscatio bonorum sit conjuncta, alia certe adest ratio, cur testamentum non subsistat.

## Aphor. VII.

REPUDIENT HEREDITATEM) Fit igitur tum totum testamentum inefficax. Nam errant, qui legatariis & fideicommissariis eo in casu, si heres repudiat, ex NOVELLA *I. cap. I.* facultatem esse adeundi hereditatem, colligunt, cum citata lex de eo solum loquatur casu, si heres adiit, & intra annum legata solvere renuit.

# Tit. XXI.

# De inofficiosis testamentis, ut & de legitima.

## Aphor. I.

TANQUAM INOFFICIOSUM QUERELA RESCINDITUR) Olim itaque liberi non tam exheredati (nam liberos pater jure exheredes scribebat) sed præteriti plane, querela inofficiosi utebantur testamenti, quæ, ut BYNCKERSHOECK *Lib. II. obs. XII.* demonstrat, moribus invaluit, vel potius interpretatione prudentum, qui, dum Lex XII. Tabularum furiosi testamentum invalidum judicaret, liberis, patrem furoris quasi arguere, eoque colore uti permittebant, testatorem, qui de liberis, quorum causa tamen acquireret unusquisque, non cogitaret, sanæ mentis haut fuisse. Sic vero injuriam sibi præteritione illatam vindicabant

cabant liberi, quo etiam fit, ut ad exemplum aliarum actionum, quæ ad vindictam tendunt, hæc querela heredibus non detur, utque, qui in lite succumbit, omnibus reliquis commodis, quæ ex testamento sperabat, privetur *L. XXIV. de his, quæ ut indign.* Ipsa vero ratio denominationis repetenda est a recepta a JCtis distinctione inter beneficium, officium & servitium. Nam hoc obligationem perfectam, illud obligationem imperfectam inter propinquos, istud obligationem imperfectam inter extraneos præsupponit, ut sic inofficiosum testamentum sit, in quo heredes proprii contra pietatem & officium prætereuntur, ipsumque ideo introductum remedium querela potius quam actio dicatur. Conf. HEINECCII *Diss. de lev. not. macula.* Verum hodie, postquam liberos, aliosque, quibus legitima debetur portio, citra nullitatis vitium testator præterire nequeat, sed vel instituere, vel ex præscripto legum exheredes scribere debeat, præteritio æque, ac omissio formæ in institutione vel exheredatione adhibendæ, testamentum ipso jure nullum facit. Sic vero non opus est querela inofficiosi testamenti, nisi inique facta sit exheredatio. Multumque interest, quo utaris remedio. Nullitatis enim remedium perpetuum est, in heredes transit, defunctum injuria non afficit, quæ secus in querela inofficiosi testamenti, quippe quæ intra quinquennium ab adita hereditate computandum exspirat *L. VIII. §. X. D. L. penult. C. de inoffic. testam.* non præparata a defuncto ad heredes non transmittitur, & periculum affert actori, qui victoriam ex lite non reportat.

## Aphor. III.

SINT INSTITVTI HEREDES) Ut vero relinquatur titulo institutionis honorabili, vi NOVELL. *CXV. cap. III. pr. & cap. IV. pr.* requirunt, cum olim sufficeret, eam quocunque titulo, legati etiam, fideicommissi, donati, esse relictam *§. VI. J. de inoffic. testam.* Idque ipsum hodie adhuc, in fratribus obtinere existimant, cum eorum in gratiam jus antiquum non reperiatur correctum. Sed si græcum Novellæ & authenticum textum inspicias, nil invenies, quod correctionem juris antiqui indicet. vid. HORNBERGIVM ZV VACH *in Novell. ex Græc. idiom. conversf. Nov. CXV. cap. III.* add. STRAVCHII *Exerc. IV. ad L. Decis. Justin. cap. III. & Diss. IX. ad Jus Justinian. §. XXXVIII.* Aliud quidem usuali interpretatione invaluit in Saxonia, & leges ipsæ communem interpretandi rationem sequuntur *P. III. Const. Elect. IX.* Agnoscunt tamen Doctores Saxonici, sigillatim BERGER. *Oec. Jur. p. m. 373. not. I.* Juri Romano magis conformem esse sententiam, qua, quemcunque titulum, sub quo legitima relinquitur, ad excludendam querelam inofficiosi sufficere, statuitur. Parumque abest, quin Praxin extra Saxoniam cum theoria amice conspirare credamus, per ea, quæ tradit LEYSER. *Spec. CCCLVI.*

AD SVPPLEMENTVM AGENDVM ERIT) Quæ actio denuo mere persecutoria rei, bonæ fidei, perpetua, & ad heredes transitoria est. In eo vero utraque actio convenit, ut legitimam portionem, quam

quam lex assignat, conservare intendat. Quapropter ne execrationes quidem testamento a parentibus adjectæ has actiones impedient. An vero in conscientia obligent, judica ex iis, quæ in utramque partem disputant STRYCKII pater & filius, ille in *Cautel. testament. cap. XXIV. §. LXXV. hic in Diss. de execrationibus testat. cap. II.* & LEYSER. *Spec. XCIII. med. V.*

## Aphor. IV.

LEGIBUS DEBITA PORTIO) Et quidem bonorum defuncti, non simpliciter hereditatis, quod alibi jam diximus. Ita vero privilegiata est, ut illis, quibus a lege assignatur, neque interverti, neque ullo gravamine affici possit. Sed sive conditionem, diem, modum, testator adjiciat, sive fideicommisso, sive remissione inventarii aut juratæ specificationis, sive æstimatione bonorum legitimam oneret, nihil agit, & onus detrahitur *L. XXXII. & XXXVI. C. de inoffic. testam.* Imo ne usufructu quidem gravari, eaque lege relinqui potest, ut pater vel maritus jure suo, quod intuitu ususfructus habet, privetur NOVELL. *CXVII. cap. I.* BRUNNEMANN. *ad L. XXV. C. de inoffic. testam.* BERGER. *Resolut. Lauterb. p. m. 241.* Invenit tamen Socinus cautelam, qua adhibita re ipsa gravari potest legitima, si nempe testator eum, cui legitima debetur, ultra legitimam instituit, sed simul onus, quod totam hereditatem afficit, ea lege imponit, ut nisi heres subeat onus, usque ad legitimam exheres sit. vid. STRYCK. *Caut. testam. cap. XVII. membr. III. §. XV.* Tolerat

 hanc

hanc cautelam Praxis, quamvis appareat facile, eam in fraudem legis esse inventam.

QVARTA PARS) ad exemplum forsan quartæ Falcidiæ. Nam legitimæ & Falcidiæ nomina promiscuæ fere sunt significationis, ceu præclare docet SCHVLTING. *Jurispr. Ante Justin. ad Pauli recept. sentent. Lib. III. Tit. VIII.* Imo Romani ubique in hereditatibus eo respexisse videntur, ut heres non omni privaretur hereditate, sed quarta potius ipsi esset salva. Heredi enim ab intestato legitimam in quarta parte, heredi testamentario quartam Falcidiam, heredi fiduciario quartam Trebellianicam salvam esse voluerunt. Aliam vero ratione legitimæ computandi rationem iniit NOVELLA *XVIII. cap. I.* a qua tamen denuo leges provinciales hinc inde recesserunt, ut in definienda legitimæ quantitate primario leges domesticæ in subsidium vocandæ sint.

## Aphor. VI.

NON NVMERENTVR) Sed revera hic adest communis opinio contra communem opinionem, ceu ostendit BERLICH. *P. III. Decis. III. n. 7. seq.* Ipsamque quæstionem ita ambiguam judicat ANTONINVS CVCHVS *in tract. de legitima sub fin. p. 29.* ut non dubitet asserere, judicis arbitrium in utramque partem absque nota liberum esse. Verum, qui rem ex legibus conficere student, varia incedunt via. Alii liberos inique exheredatos computandos esse, juste exheredatos non connumerandos existimant BÖHMER. *Jur. Digestor. tit. de inoffic. testam. §. VI.* Alii putant, exheredatum

atum quidem non computari ad legitimam augendam, ejus tamen portionem reliquis accrescere Iuber. *Præl. ad D. tit. de inoffic. testam. n. 14.* Vissenbach. *ad Pand. P. I. Disp. XVII. th. XI.* Ego facile assentior iis, qui exheredatum onnumerant. Nisi enim hoc fieret, exheredatio epius reliquis inferret damnum, qui nihil deliuerunt. Certe, si quinque cum exheredato fuissent liberi, qui dimidiam accepissent conjunctim, dem ipsi, si exheredatus pro mortuo haberetur umerusque liberorum per fictionem ad quatuor nembra reduceretur, nunc conjunctim plus, quam ientem capere non possent, & sic re ipsa, si sinulos spectes, tantum non consequerentur, quanum lex iis assignabat.

## Aphor. VIII.

Ex bonis testatoris profecta sunt) ieneratim in legitimam non imputantur, quæ jure roprio heredes possident v. c. feudum, peculium astrense. E contrario ea imputantur, quæ oneri ollationis subsunt, de quibus suo loco. Sic vero ubio procul etiam imputatur portio conjugis statutaria, si conjux cum liberis defuncti concurrat. mo nonnunquam, ut in Saxonia per Constit. Elect. *XX. P. III.* ad legitimam augendam idua propria conferre debet bona, si in portione tatutaria succedere velit. Wernher *P. V. obs. CXLVIII.*

## Aphor. IX.

Tempus mortis) Imo potius, si vivus pater

bona

bona sua alienaverit, eoque ipso legitimæ præjudicium intulerit, alienatio quoque eousque, quousque legitimam gravat, revocatur, quod supra jam diximus. add. THOMASII *Dissert. de legitima viventis.*

## Aphor. X.

AGNITIONEM VOLUNTATIS TESTATORIS) Sponte vel legatum accipiendo, vel alterius nomine exigendo. Nam secus esse dicunt, si quis officii causa, quod declinare nequit, alterius causa agat. Verum his distinctionibus hodie non videtur opus esse, cum post NOVELL. *CXV. cap. III. & IV.* querela inofficiosi testamenti non totum faciat corruere testamentum, sed heredis solum institutionem vitiet, ea vero ratione nil obstet, ne filius legatum accipiat, & nihilosecius querela inofficiosi utatur. Facile vero apparet, per hanc Novellæ dispositionem vim regulæ juris antiqui illatam esse, vi cujus nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere poterat. Nam, dum heredis solum institutio corruit, & in locum extranei heres ab intestato succedit, ea tamen lege, ut reliqua testamenti capitula agnoscat, fieri non potest, quin successio pro parte testata, pro parte intestata existat. Cum vero id querela inofficiosi efficiat, ut hereditas rescisso testamento ab intestato obtineatur *L. XIX. D. de inoffic. testam.* non absque sufficienti ratione inde alios inferre puto, victoriam omnibus ab intestato successuris, quamvis querelam non habeant, prodesse. Id enim præterea cum *L. VI. §. I. D. Eod.* convenit, & in aliis

tam

tam gravibus nititur rationibus, ut non dubitem, quin assentiar WERNHERO, qui *P. I. obs. CCLXX.* id egit ex instituto, ut & hanc firmaret sententiam, & dubiis simul satisfaceret.

## Tit. XXII.

## De his, quibus ut indignis hereditas aufertur.

### Aphor. I.

INDIGNOS REDDVNT HEREDITATE) Præsupponit hoc juris Romani argumentum, herede vel legatario capaci aliquid esse relictum, alterutrum vero aliquod delictum, a lege vel testatore in specie notatum, committere, quod eum hereditate vel legato indignum reddit, & fisco jus, emolumentum poenæ loco auferendi, tribuit, si hereditas vel legatum indigno re ipsa deferatur *L. XXV. §. I. de his, quæ ut indign.* Alia ratio est eorum, quæ pro non scriptis habentur. Sub his intelliguntur, quæ ab initio inutiliter in testamento scribebantur, dum vel heres aut legatarius incapax esset, vel res in eam perveniret causam, a qua initium habere non poterat. Hoc enim eum habebat effectum, ut id, quod scriptum esset, vel penes heredem maneret, vel coheredibus aut collegatariis, accresceret, *L. unic. §. II. sqq. de caduc. tollend.* Ab his iterum distinguebantur caduca, quando conditio hereditati vel legato adscripta deficiebat. BRVNNEM. *ad d. L. unic. de caduc. tollend.* quippe quæ iterum fisco cedebant ex Lege Papia Poppæa. Verum Justinianus nomen & materiam cadu-

caducorum delevit, &, cum olim fisco cederent, nunc pro non scriptis magis haberi, & apud eos, a quibus relicta sunt, manere jussit. Confer. *Commentar. ad Constit. omiss. Manip. II. obs. I.* Idemque adhuc hodie juris esse, omnes uno fere ore juris interpretes fatentur. Ipsa interim exempla eorum, quae pro non scriptis habentur, & ut indignis auferuntur, Compendia Juris abunde enumerant. Ad ea sigillatim spectant, quae quis sibi ipsi adscripsit. Sed hoc exemplum, quod attinet, usus Practicus hodie poenam cessare facit, si bona fides scribentis & seria testatoris intentio doceri possit, vid. praejudicia apud LEYSERUM *Spec. CCCXCVII. med. IV.* Posterius colligunt ex testatoris subscriptione *L. XIV. pr. de his, quae pro non script.* Et hanc, etiamsi generalis sit, intuitu filii subsistere existimant, intuitu extranei specialem desiderant *L. I. §. VIII. ad Cornel. de fals.* Sed crederem ego, consultum omnino esse, ut ille, qui jussu testatoris sibi aliquid adscribit, testimonium a testatore in subscriptione perhiberi curet, id jussu ejus factum esse. Ut vero doctrina de his, quae pro non scriptis habentur, in usu est, ita & hodie, quae ut indignis auferuntur, fisco cedunt, ceu rationibus evicit SCHILTER. *Exercit. XXXVIII. §. CLXXXII.* quamvis dissentiant CARPZOVIUS *Quaest. Crim. CXXXV. n. 39. sq.* BEYER. *Delin. Pandect. ad tit. de adimend. legat. §. XVII.* Id tamen fateamur necesse est, ea, quae in *L. IX. pr. & §. I. de his, quae ut indign.* recensentur, male ad ea referri, quae fiscus occupandi jus habet, atque ex ipsa lege

cvi-

evidens esse, quod pro non scriptis potius habenda sint, vid. BRUNNEMANNUM *ad d. leg.* Cæterum, quæcunque fiscus sibi vindicat, non tamen sine præcedente legitimo processu capit *L. V. C. de jur. fisc.* nec absque onere, quod adjectum erat WISSENBACH. *ad Digest. P. II. Diss. VII.* §. *IX.*

NON VINDICAVERIT ) Cujus ratio procul dubio inde derivanda, ne heredibus ab ultione desistentibus cædes defuncti impunita relinqueretur, cum moris olim esset, post solennem demum accusationem contra reum procedere. Cum itaque hæc ratio hodie, ubi magistratus ex officio procedere solet, cesset, merito assentior CARPZOVIO, qui in *Pr. Crim. qu. XXXIV. n. 12. sq. & P. IV. Const. XL. def. X.* contra HEIGIUM *Lib. II. qu. XXXIV.* non usum dispositionis defendit, hoc tamen adhibito temperamento, ut heredi, si magistratus delictum plane ignoret, necessitatem denunciandi injungat. add. SCHILTER. *Exerc. XXXVIII. th. CLXXIX. &* WERNHER. *P. I. obs. CLV.*

SI QUIS INJUSTE ) An vero injuste impugnaverit, prius constare nequit, quam finito processu. Quare, qui in impugnatione non persistit, sed ante sententiam voluntatem mutat, non punitur. *L. XIII.* §. *IX. de jur. fisc.* Deinde & hoc observandum est discrimen, quod ille quidem, qui ipsam defuncti voluntatem impugnat, puniatur, non vero ille, qui testamentum jure & solenniter factum negat *L. XXIV. de his, quæ ut indign.* poenam subeat, tametsi testator eum ob hanc causam indignum judi-

judicaverit. Id enim testator efficere non potest, ut jus commune non valeat, eaque propter voluntatem suam juri Communi ubique conformasse censetur *L. VIII. §. I. de jur. Codicill.* LEYSER. *Spec. CCCXCVIII. med. II. sq.*

## Tit. XXIII.

## De heredum qualitate & differentia, ut & de acquirenda vel omittenda hereditate, ejusdemque transmissione, nec non de jure accrescendi & de apertura testamenti.

### Aphor. II.

NECESSARIVS EST SERVVS) Necessarios heredes, qui, sive vellent, sive nollent, hereditatem adirent, urgens æs alienum introduxit. Cum enim heredes extranei, ob durum aditæ hereditatis effectum, dum eo ipso se omnibus defuncti creditoribus obligarent, ut & ultra hereditatem tenerentur, hereditatem ipsam omitterent magis, testamentumque efficerent destitutum, creditores nunc bona defuncti nomine possidere incipiebant, & mox sequebatur hasta publica. Quod ignominiosum valde veteribus videbatur *L. XXIII. D. qui & ex quib. caus. manumitt.* CICERO *oration. pro Quintil. cap. XV.* maxime cum & bona proscriptorum ita venirent, ut sic honesti viri ad hastam publicam non facile accederent CORNEL. NEPOS *in Attico cap. VI.* Quo igitur hanc contume-

tumeliam evitarent Romani, servum, si alius heres deficeret, nominabant heredem, ut ille, ex necessitate vel satisfaceret creditoribus, vel, si nollet, pateretur tamen bona defuncti suo nomine venire, cæterum libertatem consequeretur §. I. & II. J. *Cui & ex quib. caus. manumitt. non licet.* Sed facile patet, hoc juris Romani caput nullius hodie usus esse, siquidem nec servos Romanos habemus, nec hæreditatis aditio hodie post introductum beneficium deliberandi & inventarii periculosa est.

## Aphor. III.

Isti sui heredes) Sui heredes illi olim nominabantur, qui domestici heredes erant, & vivo quoque patre quodammodo domini existimabantur, verbo, liberi, modo tamen 1) essent in potestate defuncti, & 2) proximi gradu, ut nemo eis ordine antecederet. Atq; hi ipsi etiam necessarii olim erant, quia sive vellent, sive nollent, tam ex testamento, quam ab intestato, heredes fiebant, quamvis rationibus recte subductis facile appareat, necessariam hanc ex testamento succedendi rationem, antiquæ Jurisprudentiæ eo minus convenire, quo certius est, parentes potuisse liberos pro lubitu exheredare. Ut sic merito necessitas succedendi ad successionem ab intestato restringenda fuisset in §. *II. J. de hered. qualit. & differ.* Imo ne jure novo quidem, testamento a patre confecto, ultra legitimam est extendenda, cum de bonis, quæ extra legitimam sunt, libera cuivis disponendi relicta sit facultas. Verum his subtilitatibus hodie non amplius est opus. Nam cessat jus suitatis, eo quidem effectu, ut & li-

beri emancipati in legitima heredes ſint inſtituendi. Novell. *CXV. cap. III.* Et ſic neceſſarii quidem ſunt heredes liberi, quatenus a parentibus ab hereditate excludi non poſſunt, parentibus etiam ab inteſtato mortuis hereditatem omnem ipſo jure acquirunt, eamque etiam non aditam ad heredes iterum transmittunt, non tamen amplius neceſſarii ſunt, & inviti heredes fiunt. Durum enim videbatur, ob defuncti parentis infortunium liberos ſuperſtites quaſi infamiam contrahere. Ejusque rei intuitu Prætor ipſis volentibus hereditate abſtinere permiſit *L. LVII. D. de acquir. hered.*

## Aphor. IV.

Debeant probare, Filivm se immiscvisse) De eo plurimi dubitant, an juſte creditoribus imponatur onus probandi, quod filius ſe immiſcuerit. Fit enim, ut diximus, etiam jure novo ipſo jure heres. Et ſic ulteriori probatione non opus eſſe videtur, qua, filium heredem eſſe, demonſtretur, reique magis convenire, ut filius, ſe beneficio abſtinendi uſum eſſe, probet. Verum, poſt introductum abſtinendi beneficium, filius quidem heres eſt, non tamen aliter, quam ſi omiſſo beneficio abſtinendi ſe immiſcuerit *L. XLVII. de acquir. vel omitt. hered.* Nec ſufficit, ut creditor demonſtret, filium heredem eſſe de jure. Hoc enim nondum obligat, ut filius de factis defuncti reſpondeat, ſed demonſtrandum etiam eſt, filium heredem eſſe de facto. Quod certe, niſi immixtio doceatur, probari nequit. Ergo & hanc creditores probare debent, niſi ut Auctor monuit,

præ-

præsumtio contra filium militet. Quo igitur hæc contra filium allegari nequeat, caveat filius, ne absque protestatione, se alio, quam heredis, nomine res hereditarias suscipere, in hereditate permaneat *L. XX. §. I. de acquir. vel omittend. hered.* neve postea facta protestationi contraria committat, quæ animum heredis necessario involvunt.

## Aphor. IV.

Vel acqvirere et svscipere) Defertur quidem hereditas ipso jure, ut opus non sit peculiari traditione. Non vero heres institutus prius pro herede habetur, quam hereditatem adiit, quamvis aditio, ob effectum unitatis personæ, quam inter defunctum & heredem inducit, ad tempus mortis retrotrahatur *L. LIV. de acquir. vel omitt. hered. L. CXXXVIII. pr. L. CXCIII. de reg. Jur.* Interim, ante aditionem hereditatis, nemo extraneus eam ad heredes transmittit, nisi I) intra tempus deliberandi, quod jure novo concessum, decesserit *L. XIX. C. de jur. deliber.* II) ex justa causa hereditatem adire non potuit *L. LXXXVI. pr. de acquir. vel omittend. hered.* III) filius emancipatus heres ante apertas tabulas vel ante aditionem moriatur, quippe cui ex beneficio Theodosii hoc privilegium concessum in *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Sed postquam omne per jus novum inter emancipatos & suos discrimen sublatum est, dubium non erit, quin emancipatus quoque ipso jure transmittat hereditatem.

## Aphor. V.

Animo et volvntate pvre declarata)

Erat olim aditio actus legitimus, qui I) non nisi certa verborum solennitate, & per cretionem, ut veteres loqui amant, peragi poterat VLPIANVS *Fragment. Tit. XXII. §. XXVII. sqq.* Infans itaque, furiosus, mutus adire non poterat, vid. *L. LXIII. D. de acquir. vel omitt. hered.* Praeterea II) a praesente expedienda erat, non per procuratorem *L. X. C. Eod.* imo ne pupillus quidem per tutorem adibat *L. V. C. de jur. deliber.* III) Pure debebat fieri *L. LI. §. ult. de acquir. vel omitt. hered. L. LXXVII. de Regul. Jur.* Verum hae solennitates per *L. XVII. C. de jur. deliber.* sunt sublatae, utque heres etiam sub conditione adire posset, permisit praetor, *L. VI. de bonor. poss. sec. tabul.* Quid quod ne dubium quidem sit, quin & de jure novo post introductum beneficium deliberandi conditionata hereditatis aditio locum habeat, cum ipsa aditio per beneficium inventarii alia non sit, quam conditionata, si hereditas sit solvendo, add. *L. ult. C. de jur. deliber.* Igitur hodie sola agnitio, quae verbis tantum, seu ut *L. VI. C. Eod.* loquitur, sola animi destinatione fit, sufficit, ut dominium rerum hereditariarum in heredem transferatur *L. XIV. C. Eod.* Quod autem ad possessionem hereditatis attinet, eam heres non acquirit, nisi naturaliter apprehensa sit *L. III. §. V. L. XXIII. D. de acquir. vel amittend. poss.* quamvis id iterum in heredibus suis secus sit, quippe qui etiam ignorantes heredes sunt. HAHN *ad Wesenbec. tit. de acquir. vel omitt. hered. n. 7.*

ALIO ANIMO ADMINISTRARE) Quem in

in finem protestationem consulto adhiberi dixi, ne ob præsumtionem aditæ hereditatis juramento locus dandus sit. Verum & hac protestatione demum opus videtur, si quis sciat, se heredem esse, alias enim pro negotiorum gestore potius habebitur. Et sic facile assentior LEYSERO, qui *Spec. CCCLXX. med. VIII.* negat, præsumtionem aditæ hereditatis esse contra uxorem, quæ post mortem mariti in bonis ejus manet, illaque administrat, cum in regula non sit heres mariti, magisque præsumi possit, eam, non animo heredis, sed custodiæ & juris sui causa, administrasse.

## Aphor. VII.

INTELLIGIT, QVID AGIT) Id certe negari non potest, eum, qui hereditatem adit, in ea esse debere causa, ut animum adeundi habeat: Forsan tamen, si effectum aditionis respicias, qui in obligatione heredis ad præstanda facta defuncti consistit, quæstionem de iis, qui adire possunt, faciliori negotio dijudicaveris, si substituas regulam, eum, qui cum effectu adire vult, facultatem sese obligandi habere debere, & sic, qui plane se obligare nequit, nec adire posse, ab eo vero, qui nonnisi certa forma observata obligationem recipit, illam ipsam formam præcise adhibendam esse.

## Aphor. VIII.

JVSSVM PATRIS) Verum hæc legum Romanarum dispositio antiquum jus patrisfamilias acquirendi per filium respicit. Quod, cum nostris moribus haud conveniat, nil obstabit, ne filius,

qui in poteſtate patris eſt, vel conſentiente patre, vel ſi hic nolit, ſolus adeat. Imo cum, quæ filio ex ultimis voluntatibus obveniunt, patri minimum quoad uſumfructum acquirantur, patri etiam facultas non erit deneganda, ut diſſentiente etiam filio adeat. Conf. *L. fin. C. de bon. quæ liber. L. IV. L. XI. & XV. C. de jur. deliber.*

## Aphor. IX.

NON SUSCIPIEBATUR) Tempus tamen hoc novem dierum, ut ex NOVELLA *CXV. cap. V. §. I.* conſtat, unice in favorem heredum eſt introductum, ne intra hoc ſpatium convenirentur, aut quocunque modo creditores eosdem inquietarent, quo tempus & juſta defuncto perſolvendi & lugendi ſuppeteret. Quare nil obſtabat, ne ipſi heredes, ſi vellent, hereditatem ante nonum diem ſuſciperent. Alia vero ratio eſt ſpatii triginta dierum, quod Germani poſt mortem defuncti ab omni ſtrepitu vacuum voluerunt. Hoc enim in lege prohibitiva nititur, quæ tum creditores excludit, ne actiones proſequantur, tum heredi interdicit, ne adeat & hereditatem adminiſtret. Quemadmodum igitur hoc ſpatium eum in finem conceſſum eſt, ut peragi poſſit obſignatio rerum hereditariarum & ſepultura, ita præterea durante ſpatio omnia tranquilla & quieta in ædibus atque rebus defuncti eſſe debent, nec quicquam immutari & ſuſcipi poteſt, niſi quod opus eſt fieri ad cuſtodiendam conſervandamque hereditatem & alendam familiam. Nam & uxor, & liberi, & famuli intra triceſimum alimenta adhuc ex maſſa hereditatis capiunt, & quicquid interim

terim accrescit, hereditati accrescit, quamvis jus cum defuncti persona alias exspiret. v. c. in usufructu, de quibus late egit HORNIUS *Diss. Spec. de tricesimo*.

## Aphor. X.

OMNE DEFUNCTI JUS) Verbo inducit aditio unitatem personæ inter defunctum & heredem, tam active, quam passive, etiam ratione jurium, quæ morte defuncti non finiuntur. In commoda igitur & incommoda succedit heres, & facta defuncti ubique præstat, modo tamen I) licita sint. In poenalibus enim non succedit; II) negotium de jure subsistat, & nullitate non laboret. Quæ enim contra legem prohibitivam suscipiuntur, tantum abest, ut obligationem ullo modo producant, quin potius per se efficaciam non habeant. Non obest igitur filio heredis nomen, quando pater vivus legitimæ præjudicium intulit, vel, quando bona adventitia extra casus in lege expressos alienavit, sed nihilosecius filius hic suo jure utitur.

NON NISI APPREHENSIONE ACQUIRITUR) Utut autem heres extraneus possessionem ipsam absque apprehensione non acquirat, jus tamen possessionis per verbalem etiam aditionem, & solo animo consequitur, & in jus occupandi, adipiscendi, & recuperandi possessionem succedit MEVIUS *P. III. Decis. CCCXXXVIII.* BRUNNEM. *ad L. XXIII. de acquir. vel amittend. possess.* Potest igitur tertius quidem possessionem occupatione intervertere, sed heredi adeunti rem occupatam nihilosecius restituere debet, maxime, cum heres

adeundo hereditatem jam tum a morte defuncto successisse intelligatur. Conf. LEYSER. *Spec. CCCLXXI. med. IV. sq.*

## Aphor. XI.

REPUDIARE HEREDITATEM) nondum acquisitam & aditam. Post acquisitionem repudiatio locum amplius non habet, cum semel heres factus se creditoribus obligaverit *L. X. C. de jur. deliber. L. XI. si certum petat.* Minoribus tamen contra aditionem dabatur restitutio in integrum, si læsionem docere possent. Reliqui eo minori fundamento sibi succurri postulabant, cum facultatem deliberandi haberent, sibique imputare deberent, quod vel beneficio non essent usi, vel temere damnosam hereditatem suscepissent. Et sic ubique ultra vires hereditatis post acquisitionem obligabantur. Postea tamen Hadrianus vi privilegii ex clausula Prætoris generali majoribus quoque viginti annis restitutionem contra aditam hereditatem concessit. Demum Gordianus militibus in genere contra aditionem veniam dedit *L. fin. pr. C. de jur. liber.* add. *L. XII. C. de testam. milit.* Denique Justinianus heredibus omnibus facultatem dedit, ut sub conditione, beneficio inventarii, hereditatem adire possent, si hereditas esset solvendo, *d. L. fin. C. de jur. deliber.* ut sic, si æs alienum rerum hereditariarum substantiam superaret, vel repudiandi hereditatem haberent veniam, vel ultra vires hereditatis tamen haut tenerentur. Cæterum, ut aditio non statim præsumitur in eo, qui jus succedendi non habet, ita nec repudiatio

præ-

præsumitur in eo, qui jure heres est, sed requirit illa declarationem, vel talia facta, ex quibus de animo omittendi dilucide constat. Sic vero solus consensus tacitus vel non factum non sufficit. BERGER *Diss. de omiss. heredit.* nisi lapsus triginta annorum accedat *L. VII. C. de petition. heredit.*

## Aphor. XII.

CERTO TEMPORE) Nempe, si nemo adesset, qui aditionem urgeret, liberum erat intra triginta annos adire hereditatem *L. VII. C. de petit. hered.* alias anni vel novem mensium spatium præfigebatur *L. ult. §. XIII. de jur. deliberand.* Hoc autem beneficium supervacuum esse videtur, postquam Justinianus meliori beneficio, inventarii nempe, heredibus consuluit. Verum tamen non sustulit ideo legislator prius, sed prudentiæ potius & arbitrio heredis reliquit, quonam uti vellet. Cumq; tota materia testamentaria ex Jure Romano ad nostrates transiit, crederem ego, posse heredem hodie etiam ad beneficium deliberandi confugere, & beneficium inventarii omittere. Quod quidem negat THOMASIUS *in Not. ad Pand. tit. de jur. deliber. & ad Inst. tit. de hered. qual. & differ.* Sed dubiis ejus satisfecit WERNHER. *P. VII. obs. I.* & in Saxonia hoc ipsum beneficium publica lege est approbatum per DECIS. NOV. ELECT. *LVII.*

## Aphor. XIII.

MAGIS SALUTARE BENEFICIUM) Producit nempe hos maxime effectus, I) ut separatio

bonorum defuncti & heredis inducatur II) confusio jurium impediatur, III) heres ultra hereditatis vires non teneatur IV) res ipsæ hereditariæ creditorum periculo pereant *L. fin. C. de jur. deliber.* Neglectum e contrario heredem onerat, ut ob confusionem jurium & actionum integra debita exsolvere debeat NOVELL. *I. cap. I.*

## Aphor. XIV.

LEGITIME INVENTARIUM CONFICIENDI) Hodie his requisitis non adeo stricte insistimus, sed Notarium adhibere, & omnia legitime consignare solemus MEVIUS *P. II. Decis. CLVI.* BRUNNEMANN. *ad L. fin. C. de jur. deliber.* Sive tamen solenni modo, sive alias ex more consueto, inventarium conficiatur, obsignatio judicialis inventarium præcedere debet, CARPZOV. *P. III. Const. III. def. X.* vel a judice rei sitæ, si bona immobilia adsint, vel, his deficientibus, a judice ratione personæ competente peragenda. Hoc enim requisitum, omissum licet a Justiniano in *L. ult. C. de jur. deliber.* & a STRYCKIO *Us. Mod. D. d. tit. §. III.* pro superfluo judicatum, recta ratio addere jubet, cum facile pateat, absque ea nullam inventarii fidem esse HORNIUS *Diss. de die tricesimo §. XVIII.* Non itaque heres, neglecta obsignatione, evitabit necessitatem, jurejurando consignationem suam corroborandi, omnemque suspicionem rei amotæ removendi. Imo nec id juris iis, quorum interest, denegari poterit, ut, etiamsi omnia solennia in conficiendo inventario sint observata, heredi tamen juramentum super o-

missis

missis deferre possint, cum id ipsum *L. fin. §. X. C. de jure deliberandi* expresse approbatum sit. Verum hoc in casu tamen heredem prius ob præsumtionem, quod omnia absque fraude gesta sint, suspicione onerandum esse existimarem, quod nonnulla omiserit. MEVIUS *P. IV. Decis. XCII.*

## Aphor. XV.

JURATAM SPECIFICATIONEM EDAT) Ad cujus editionem heres semper admittitur, nisi hereditatem, quam cum beneficio deliberandi adiit, elapso spatio demum repudiet, atque dolum committat DECIS. ELECT. *LVII.* Interim vereor, ne BRUNNEMANNUS *ad L. ult. C. de jur. delib. n. 60.* & SCHÖPFFER. *in Synops. Pandect. tit. de jur. deliber. n. 17.* nimis liberaliter de consuetudine Germaniæ universali, vi cujus specificatio jurata in locum inventarii succedat, testimonium perhibeant. Certe ipsi Saxones eam non nisi per argumentum ex JUR. PROVINC. *Lib. I. art. VI.* eliciunt, & præterea agnoscunt, gravi eandem creditores afficere damno. Est etiam eadem ipsa, ne quid dissimulemus, ex parte heredis periculi plena, qui, dum rerum, quæ sequuntur, incuriosus, hereditatem administrare incipit, conscientiam postea facile onerare potest, si quas forsan res hereditarias non adeo magni momenti, earumque quantitatem, qualitatem & id generis alia memoriæ non adeo sollicite commendaverit. Quapropter, nisi statuta vel consuetudines juratam specificationem approbent, merito usus eidem denegabitur. Sed non abs re erit, mentionem injicere quæ-

quæstionis, anne testator confectionem inventarii heredi remittere, eumque a jurata specificatione liberare possit. Non dubitant Doctores, quin hæc facultas testatori concedenda sit, eaque remissio cum effectu heredem liberet, arg. *L. ult. C. arbitr. tutel.* Sed & restringunt istam testatoris legem ad eum casum, si remissio non in præjudicium coheredum, legatariorum, aliorumque, qui beneficio testatoris ex hereditate aliquid capiunt, tendat. Quod ipsum ratione non caret, cum illi, cui plus licet, emolumentum ex hereditate plane non assignare, non potest non minus licere. Sic vero apparet, id juris testatori haut concedi posse, ut remissionem in præjudicium creditorum, aliorumque, quibus jus aliquod quæsitum est in bonis defuncti, extendat. Plane in priori etiam casu solennitas solum inventarii & jurandi necessitas remissa videtur, nec iis, quorum interest, substantiam bonorum indicati, facultas ademta, jure postulandi, ut heres consignationem exhibeat. Super qua deinde, si dolose heredem quædam omisisse suspicio adsit, juramentum heredi posse deferri rationis est. vid. Berger. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV. §. L. not. 9.* Ita etiam judicavit Scabinatus Jenensis Mens. Nov. 1736.

## Aphor. XVII.

Reliqvis coheredibvs) idque, modo coheres partem suam agnoverit, ex necessitate, etiam ignoranti & invito *L. XXXI. L. LIII. §. I. de acquirend. vel omittend. heredit.* ita quidem, ut ne testator quidem jus accrescendi prohibere possit,

ſit, niſi in locum heredis deficientis alium ſubſtituerit. Quod juris argumentum ex principio, hereditatem pro parte teſtatam, pro parte inteſtatam eſſe non poſſe, facile deducitur. Sed & hoc patet, præſupponi hic teſtamentum. Quo vero & ratio juris accreſcendi in hereditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur, pateſiat, in ſubſidium vocandum eſt principium: Succeſſionem fieri in univerſum jus defuncti, ita quidem, ut proximior ſemper excludat remotiorem.

## Aphor. XVIII. & XIX.

Omne jus accreſcendi ex teſtamento præſupponit conjunctionem, cujus tria genera eſſe, ex *L. XLII. de verbor. ſignif. & L. LXXXIX. de Legat. III.* diſcimus. Quæ ipſa Auctor perſpicue ſatis expoſuit. Nec res ullum dubium habet, vel ullam difficultatem, quando duo ſaltem, vel re, vel verbis, vel mixtim, conjuncti ſunt. Si enim uterque partem ſuam acceptat, res dividitur. Sin unus deficit, deficientis portio alteri accreſcit, & quia partem capit ex perſona deficientis, non ex perſona propria, onus quoque, quod emolumento cohæſit, agnoſcere debet. Plus tamen difficultatis res habet, ſi quis forſan ſubtilitate ſua ita ſibi placeat, ut unam eandemque rem pluribus, partim re, partim verbis, partim mixtim conjunctis relinqueat. Hanc igitur difficultatem, ut tollant Doctores, doctrinæ gratia re conjunctos ſigno O. O, verbis, conjunctos O-O mixtim conjunctos OXO notare, atque fundamenti loco præſtruere ſolent, re vel verbis conjunctos eſſe collegas, non vero mix-

mixtim conjunctos. Tum vero regulas has formant I) Uno herede deficiente portionem ejus accrescere tantum collegæ. II) Sin collegam non habeat, portionem ejus accrescere omnibus, ita tamen, ut collegæ habeantur pro una persona. III) Collegis portionem accrescere cum onere, reliquis sine onere. His vero rite pensitatis de casibus ab Auctore allegatis quilibet facile judicare poterit.

## Aphor. XX.

SOLENNIS APERTURA) Hic actus solennis non quidem ad substantiam & validitatem intrinsecam testamenti pertinet, nec omissa hac publicatione testamentum vitiatur SCHILTER. *Exercit. XXXVIII. th. CLXX.* STRYCK. *Us. Mod. ad tit. Dig. testament. quemadm. aperiant. §. IV.* Pertinet tamen ad veritatem & integritatem testamenti, ut constet omnibus, an omnia solenniter & bona fide in actu testandi gesta sint. Quare iis, quorum interest, ea facultas denegari non poterit, ut publicationem solenniter fieri desiderent LEYSER. *Spec. CCCLXXIII. med. II.*

RECOGNOSCANT) Non tamen nocet testamenti validitati, si quidem testes jam sint mortui. Imo ne quidem, si omnes mortui sint, nisi testamentum forsan fuerit nuncupativum. Magistratus enim nihilosecius aperit, & signa testium tamdiu habentur pro incorruptis, donec contrarium probetur, add. SCHILTER. *d. l.* §. *CLXXIV.* ZOESIUM *ad. tit. D. testamenta quemadmod. aperiantur. n. 4.* Si tamen vivant adhuc vel omnes, vel quidam testes, eos ad recognitionem sigil-

sigillorum citari fas est, imo, si recognoscere nolint, tabulæ ipsæ non suspectæ solum, sed &, si de dolo testis convinci nequeat, procul dubio invalidæ erunt, vid. *L. I. in fin. D. testament. quemadmod. aperiantur.*

## Tit. XXIV.
## De Legatis.
### Aphor. I.

EST VERO LEGATUM) Quemadmodum testamentum Romanis lex erat, de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet, ita legatum, quod testator adscribebat, re ipsa pars legis privatæ erat, vi cujus testator heredi imponebat necessitatem, ut alteri aliquid præstaret. Inde vero natura legatorum antiqua facile dijudicari potest. Nam I) non nisi verbis imperativis & directis relinqui poterant *L. LXXV. §. fin. de condit. & demonstr.* variasque jubendi formulas habebant veteres, quæ & ipsæ diversum simul producebant effectum. Erat autem legatum per vindicationem adhibita formula: Cajo do lego, quo ipso legatario facultas rem legatam a quovis possessore vindicandi competebat VLPIAN *Frag. T. XXIV. §. II.* Erat legatum per damnationem, quod formula: Heres meus damnas esto, expediebatur, eo fine, ut lis inficiando cresceret in duplum. PAVLVS *Recept. sentent. Lib. I. Tit. XIX. §. I.* Erat legatum sinendi modo per formulam: heres meus sinat Titium sumere, cujus effectum tamen ignorant eruditi vid. CAJI *Instit. Lib. II. Tit. V. §. VI.* ibi-

ibique SCHVLTINGIVM. Erat denique legatum per præceptionem, verbis his ad legatarium directis: Lucius Titius hanc rem præcipito, quod prælegatum dicebatur, cohæredibus præprimis utile, VLPIANVS *Fragm. Tit. XXIV. §. VI.* II) Non nisi ab herede præstanda reliquebantur *§. I. J. de Legat. L. CXVI. pr. de Legat. I.* III) heredi ipsi, si cohæredem non haberet, legari non poterat *d. L. CXVI. §. I. de Legat. I.* IV) Legatarius præstationem legati ab herede expectare debebat, propria auctoritate occupare non poterat *L. I. §. II. quod legat.* Quamvis enim Leges legatum ipso jure acquiri dicant *L. VIII. de Legat. II.* id tamen de dominio solum intelligendum est & jure, possessio autem legati absque facto heredis non transit. Quare etiam, nisi heres adeat hereditatem, legatum non debetur. Verum enim vero, si id, quod n. IV. diximus, excipias, novo jure longe aliam viam ingressi sunt legislatores, ut legato sua constet validitas. Noluerunt enim verborum conceptionem respici, sed qualiacunque sufficere jusserunt verba, imo & nutum, modo de voluntate testatoris constaret. §. *III. J. de Legat. L. I. C. Communia de legat. L. XXI. pr. de Legat. III.* Permiserunt insuper, ut omnibus iis testator legati præstationem injungeret, quos ex propriis suis bonis honorasset, ea vero ratione legatum ab ipso legatario præstandum relinqueret *L. I. pr. L. XXXVII. §. III. de Legat. III. L. LXXIV. de Legat. I.* modo non plus oneraret eum, qui præstare debebat, quam ille honoratus esset *L. I. §. XVII. ad SCtum Trebell.* Porro

ro & uni heredi, etiamſi coheredem non habeat, legatum tamen relinqui poſſe, ex §. *IX. J. de fideic. heredit.* conſtat.

DONATIO QVAEDAM) quia a liberalitate teſtatoris proficiſcitur. Nam in reliquis a donationibus quam maxime differt, cum neque acceptationem requirat, ſed ignoranti quoque utile ſit, nec ita firmum jus tribuat legatario, ut teſtator facultatem revocandi ſibi ademiſſe cenſeatur. Verum & differt ab hereditate. Heres enim titulo univerſali in omnia jura defuncti ſuccedit, in teſtamento ſolum inſtituitur, & ſimul oneris particeps fit. Legatarius vero titulo ſingulari acquirit, onus non agnoſcit, & ex Codicillo etiam legatum capit.

## Aphor. II.

TESTAMENTI FACIENDI) ut tamen jus legatum in Codicillis relinquendi non excludatur, & e contrario legatum non aſſignetur, niſi in ultima voluntate, quæ quinque teſtium præſentia munita eſt §. *ult. J. de fideicommiſſ. L. XXII. C. de fideicommiſſ.* Valet tamen legatum etiam absque teſtibus relictum, ſi ejus præſtationem teſtator heredi præſenti injunxerit *L. ult. C. de Codicill.*

## Aphor. III.

ALIAM REM VEL FACTVM PRAESTARE JVBETVR) Sic etiam nil obeſt, ne teſtator heredi, ut propriam ſuam rem legatario præſtet, injungat. *L. LXVII. §. VIII. de legat. II.* Imo & aliena res olim legari poterat, a ſciente teſtatore, hanc rem eſſe alienam. Idque cum habebat

 eſſe-

effectum, ut heres vel eam redimeret, vel ejus æstimationem præstaret §. *IV. J. de Legat.* Dissentit tamen Pontifex in *cap. fin.* X. *de testament.* Sed Jus Romanum non intellexit, eumque ejus esse sensum credidit, tanquam dominus rei alienæ invitus cogi possit ad rem vendendam. Quare apte satis judicat BÖHMER. *Jur. Eccles. Lib. III. Tit. XXVI.* §. *LV.* falli eos, qui legatum rei alienæ de Jure Canonico non subsistere dicunt. Dum enim Pontifex Jus Civile emendat, ubi emendatione non erat opus, re ipsa id jus non correxit. Add. VINNIUM *Select. qu. Lib. II. cap. XXVI.* Anne vero testator legare potest rem legatarii? Negant leges, cum, quod proprium jam legatarii est, amplius ejus fieri non possit §. *X. J. de Legat.* modo tamen testator vel tertius aliud forsan jus in re legatarii non habeat. Tum enim valere poterit legatum instar remissionis, ut sic Interpretes regulam forment: Tantum videri cuique in re sua legatum, quantum in ea jus habuit testator vel tertius COCCEJUS *Diss. de legat. rei propr. & alien. cap. III.*

## Aphor. IV.

EXEGERIT) Secus itaque est, si non testator ipse sua sponte exegerit, sed debitor testatori sponte obtulerit. Hoc enim in casu tantum abest, ut legatum censeatur ademtum, ut potius adhuc peti possit *L. XI.* §. *XIII. D. de Legat. III.*

EAM LUERE TENETUR) Sic vero nullum creditori, pignus retinendi, jus conceditur, ut erronee existimat ANIANUS *ad Paul. Recept. Sentent.*

*tent. L. III. tit. VI. §. VIII.* qui eum sibi sensum *§. V. J. de Legat.* fingit, tanquam re, creditori obligata, legata, semper id actum videatur, ut creditor pignus retinere, & pecuniam debitam ab heredibus debitoris nihilosecius exigere possit. Conf. *Constit. omiss. Manip. III. obs. III.* Nam probe discernendi sunt casus. Aut enim res creditori obligata legatur tertio, aut ipsi creditori. Ibi legatum subsistit tanquam legatum rei alienæ, eo effectu, ut heres eam luere & tertio tradere debeat, si sciverit testator, rem esse obligatam *L. LVII. D. de Legat. I. L. VI. C. de fideic.* Hic vero creditor pignus retinet, & heres illi debitum nihilosecius exsolvit *L. LXXXV. D. de Legat. I. L. XVI. C. de Legat.*

## Aphor. V.

SI MODO FUTURA EST, RECTE LEGATUR) Quod legatum, ut Interpretes *ad §. VII. J. de Legat.* docent, ratione transmissionis pro puro habetur, ut legatarius illud transmittat ad heredes, licet ante natos fructus moriatur. *L. XCIX. D. de condition. & demonstrat.* Ratione obligationis autem, quam heres recipit, est conditionale. Unde si simpliciter fructus legati, tantum debetur, quantum nascitur. Sin certa quantitas, loco demonstrative adjecto, tum debetur quantitas, utut nihil nascatur, & heres quantitatem aliunde supplere debet. Si denique quantitas, loco restrictive addito, tum, si nil nascitur, nil debet heres. Alias tantum præstat, quantum nascitur, non tamen plus, quam legatum est.

## Aphor. VI.

Seqvens distinctio observanda est) Quemadmodum a legato annuo, quod in singulos annos vel menses præstandum relinquitur, probe discernendum venit legatum certæ summæ, cujus solutio in aliquot terminos est divisa, cum posterius semper unum legatum sit, prius plura legata contineat *L. IV. D. de annuis & menstr. legat.* ita multum etiam discriminis inter ipsa legata annua intercedit. Aut enim temporalia sunt, ad vitam legatarii restricta, aut perpetua & heredibus simul, vel etiam corpori mystico, quod non moritur, relicta. Ibi legatum ratione primi anni a morte testatoris computandi est purum, quia ipso jure ad legatarium venit, & sic ad heredes transmittitur, ratione sequentium annorum est conditionatum. & præsupponit, legatarium vivere *L. IV. D. Eod.* quamvis sufficiat, legatarium sub ingressum anni vixisse *L. VIII. D. Eod.* Deinde non unum est legatum, sed plura continet. Sic vero una præscriptione non exspirat, sed singulis annis nova præscriptio currere incipit. *L. VII. §. VI. D. de præscript. 30. annor.* Hinc, si per quinquaginta annos non esset petitum, peti tamen adhuc potest tum ratione præteriti, quatenus præscriptio XXX. annorum nondum est impleta, tum ratione futuri, quia præscriptio hic ne quidem est inchoata Bartholdi *Diss. de jur. initii cap. III. §. XVII.* Hic vero, nimirum in legato annuo perpetuo, conditio cessat, cum per se purum sit, præterea plura non continet legata, sed unum est,

&

& una quoque præſcriptione tollitur *L. XX. D. quand. dies legat.* add. BÖHMER. *Jur. Eccleſ. Proteſt. tit. de præſcript.* §. *II. ſqq.*

## Aphor. VII.

TESTATOR DISPONERE POTEST) Per ſe itaque patet, prius deducendum eſſe æs alienum *L. fin. D. de uſufr. legat.* Deinde id etiam agere debet teſtator, ne dodrantis æſtimationem excedat uſusfructus. Quartam enim heres ſalvam habere debet. Quare & hic, ſi hujus quartæ immemor fuerit teſtator, quartam fructuum quotannis deducit *L. I. §. IX. D. ad L. Falcid.* In ipſo interim uſufructu legato legatarius plus juris non conſequitur, quam uſufructuario de jure competit, etiamſi teſtator uſumfructum legaverit, data uſufructuario libera facultate, de re diſponendi. Quod enim ait CARPZOV. *P. III. Conſt. XIII. def. XI.* poſſe hoc in caſu uſufructuarium alienare, id cum natura uſusfructus pugnat, cui prohibitio de alienatione ineſt *L. IX. C. de Uſufr.* Merito igitur libera illa diſpoſitio intelligenda eſt pro ſubſtrata materia, atque de tali diſpoſitione explicanda, quæ naturæ uſusfructus convenit, & proprietarii jus non intervertit. LEYSER. *Spec. CVI. med. I.* Modo tamen teſtatoris voluntas non adeo manifeſta ſit ut appareat, plus eum relinquere voluiſſe, quam ſolam utendi fruendi facultatem. Voluntatem enim teſtatoris potius, quam verba inſpici jubet *L. III. C. de liber. præt.* & ſic etiam vox uſusfructus poſthaberi poteſt, ſi de mente teſtatoris conſtet *L. XV. D. de aur. argent.* CARP-

zov. *P. III. Const. XIII. def. X.* LEYSER. *Spec. CCCLXXXIV. med. I.*

HEREDI A SE INSTITUTO) Cujus ratio non aliunde petenda est, quam quod testator heredem, quem honoravit, in rebus etiam propriis gravare possit.

ALTER VERO PLENUM USUMFRUCTUM) Quod quidem alii cum CARPZOVIO *P. III. Const. XIII. def. VII.* in dubium vocant, cum testator, nisi aliud clare dixerit, jurium dispositioni se conformasse censeatur. Sed sufficiens adest ratio, cur Autoris nostri sententiæ, quam & HERTIUS *Diss. de servitut. facto constitut. Sect. III. obs. I.* suam facit, accedamus. Decisio enim Juris Romani, quæ in *L. VI. de usufr. ear. rer. & L. XIX. de Usufr. legat.* extat, ex natura verborum directorum sive solennium, quibus olim utebantur testatores, quæque stricte sequi solebant JCti, desumta est. Utut igitur testator eo forsan proposito alii fundum simpliciter, alii usumfructum fundi ejusdem legasset, quia tamen non addidit, fundum simpliciter legatum alterum habere debere, deducto usufructu *§. I. J. de Usufr* fundus vero simpliciter positus usumfructum jam includit hunc ipsum JCti cum utroque communicare non dubitarunt. Verum enim vero neminem fugit, sublata esse solennia verborum, legemque judici dictam, ut secundum præsumtam testatoris voluntatem judicet. Sic vero, si a formulis discesseris, non aliter judicare poterit, quam alteri proprietatem nudam, alteri usumfructum assignando.

Sed

Sed & hoc addendum, ipsos Romanos subintellexisse casum, ubi eadem res alteri simpliciter, alteri cum usufructu sub eodem titulo erat relicta. Nam diversus si adesset in alterutro titulus v. c. Titius in fundo Tusculano heres esto. Mevio usumfructum fundi Tusculani do lego; ille partem ususfructus non capiebat, ut Auctor recte monet.

## Aphor. IX.

De dote legata) Alia ratio est dotis legatæ, alia dotis prælegatæ. Ibi intelligitur dos virgini ratione futuri, & sub conditione tacita, si nuptiæ sequantur, relicta. Idque legatum conditionale esse, & nuptiis non secutis non deberi ex *L. LXXI, §. III. de condition. & demonstrat.* constat, nisi I) filiæ dos relicta, ut cum sororibus jam dotatis exæquetur. Dos enim profectitia instar alimentorum erat, eamque pater filiæ debebat, etiamsi hæc non nupsisset viro. Quod adhuc hodie ad dotem ex feudo constituendam recte applicatur. II) In favorem legatariæ nuptiarum mentio sit adjecta. Quod autem attinet prælegatum dotis, id præsupponit restitutionem dotis, ab uxore marito illatæ. Idque primo intuitu efficaciam ullam habere non videtur, cum uxori dos etiam non prælegata ex bonis mariti restituenda sit. Verum enim vero plenius est legatum, quam de dote actio *§. XV. J. de legat.* Nam efficit illud I) ut uxor dotem in re mobili consistentem, quam antea post annum demum petere poterat, nunc statim exigere possit, II) ut impensæ in dotem a marito factæ ab heredibus ejus non possint repeti *L. II. &*

*IV. D. de dot. præleg.* III) ut uxor non debeat probare illationem dotis, quatenus cum liberis concurrit LUDOVICI *Diss. de probat. illat. dot.* IV) ut heres dotem restituere debeat, etiamsi uxor dotem ne intulerit quidem. Quod vero tum demum procedit, si certa quantitas in legato sit expressa. Nam si simpliciter dos, quam non accepit maritus, legata sit, inutile est legatum §. *XV. J. de Legat.*

## Aphor. X.

DE PRAELEGATIS ILLUD QUAERITUR) Prælegatum illud dicitur, quando testator uni ex pluribus heredibus certam rem præcipuam assignat. Idque tam expresse, quam tacite fieri potest. *L. LXXXVI. de Legat. II. L. XVIII. C. famil. hercisc.* modo de animo prælegandi, præsumto minimum, constet. Quare ex simplici divisione inter coheredes facta non præsumitur. *L. XX. §. III. D. famil. hercisc.* Multum vero interest, quo animo testator prælegatum reliquerit. Nam regulariter istiusmodi coheres, qui & partem hereditatis, & prælegatum capit, duplicem personam repræsentat, alteram heredis, alteram legatarii. Eo respectu rem cum onere acquirit, & in jura defuncti tam activa, quam passiva succedit. Hoc rem suam facit absque onere.

## Aphor. XI.

IN GENERE SIT RELICTUM) Genus, quod præmonendum duxi, JCtis idem est, quod Logici spe-

ſpeciem vocant, ſpecies vero illis individuum nominatur. Quod autem legatum generis attinet, id ipſum, cum electionem ſpeciei tacite concedat, ita ſemper capiendum eſt, ut, quisquis eligat, mediocritatem ſervet. Si enim legatario conceſſa electio, ille non poteſt eligere optimum *L. II. §. I. De option. leg. L. XXXVII. pr. D. de Legat. I.* niſi id ſigillatim ipſi conceſſerit teſtator, ut optimum eligat, quod optionis legatum vocatur. *L. IX. §. I. D. de dol. mal.* Si heredi electio permiſſa, ille non debet eligere peſſimum *L. CX. D. de Legat. I.* Imo etiamſi optio legata, ita tamen, ut electio in arbitrium tertii conferatur, & hic mediocritatem tenere debet. *L. III. §. I. C. Commun. de legat.* Idem juris eſt, ſi legatarius in ſubſidium, deficiente arbitrio, optat. Quid vero, ſi genus legatum, & ſpecies in hereditate non extet? Tum aut genus determinationem habet a facto hominis, & legatum ſine dubio erit inutile, cum heres ſpeciem ad minimum redigere poſſit. *L. LXXI. pr. de Legat. I. L. XXIV. §. III. Eod.* aut determinationem habet a natura, & validum eſt legatum *L. LXXXIV. §. III. de Legat. I.*

## Aphor. XII.

IN EA PRAESTANDAE ERVNT) etiamſi locus adjectus ſit, ex quo deſumenda ſit quantitas. Nam regulariter hoc demonſtrationis cauſa ſolum factum eſſe, & heredi conſilium ſolum ſuppeditatum videtur, unde deſumat *L. XIII. D. de tritic. vin. & oleo legat.* Quodſi vero appareat, qualitatem & quantitatem ad certum locum determinatam

esse, plus non debetur, quam ibi reperitur *L. V. Eod.*

## Aphor. XIII.

CIRCA QVAE TAMEN NOTANDVM) Instrumentum denotat omne id, quod quærendorum, cogendorum, & conservandorum fructuum causa paratum est, vel quod ad possessionem fundi exercendam facit *L. VIII. L. XII. §. I. de instruct. vel instrum. leg.* Instructus fundus complectitur ea, quæ ad usum perpetuum destinata sunt. Habetur vero instrumentum cum fundo simul legatum pro accessorio fundi, ut sic, re principali pereunte, nec instrumentum debeatur, nisi fundus & instrumentum in legato sit. Tum enim utrumque pro principali habetur, & alterum debetur, etiamsi alterum perierit. *§. XVII. J. de Legat. L. I. L. V. D. de instruct.* Sed quis non videt, hæc omnia antiquam formularum cantilenam sapere, apud nos vero vix vocabula his distinctionibus inservientia reperiri.

## Aphor. XIV.

PENV LEGATA CONTINENTVR) Ut penus in *L. IV. §. III. D. de pen. legat.* generis omnis dicitur, ita & ejus sensus Jure Romano tam late patet, ut ne in vernacula quidem reperiatur vocabulum, quod legatum penus exhaurat. Putant alii, sufficere verba: Allerhand Vorrath von Essen und Trincken, STRYCK. *Us. Mod. D. d. tit. §. II.* BÖHMER. *Jur. Digest. eod. tit. §. II.* Sed certe carbones & ligna huc trahi nequeunt.

BER-

Bergerus *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV. §. XXVII.* substituit Küche = und Keller = Vorrath. Leyser. *Spec. CCCLXXXIX. med. II.* voces Hof=Speise, Victualien, Brödtung adhiberi posse putat. Sed & ipse iterum fatetur, latius patere vocem penus his omnibus. Dum itaque vocabulum non habemus, quod rem designat, forsan nec habebimus legatum penus. Certe optime agit testator, qui non multum desudat in verbo quodam generali inveniendo, sed rem ipsam & voluntatem clare exprimit.

## Aphor. XV.

Supellectilis nomine venit) Was man zur täglichen Nothdurfft vor sich und seine Familie im Hause braucht. Et sic etiam vasa aurea & argentea, quæ olim, ubi seculi severitas talem luxum non admittebat *L. I. D. de suppellect. legat.* excepta erant hodie ex genio seculi ad suppellectilem referri debent. Carpzov. *Lib. VI. Resp. XXXIV. n. 40.* Cum igitur eo respiciendum sit, an suppellex communi usui inservierit, per se patet,, sub tali legato non comprehendi, quæ ad artificis genus spectant *L. VI. D. Eod.* nec ea, quæ splendoris & ornatus gratia in ædibus repeṛiuntur. Unde vereor, ne vocabulum Haußrath, quod nostrates adhibent, latius pateat legato suppellectilis. Nec commode adhibebimus vocem Meublen, cum utraque vox in propria significatione de iis etiam rebus accipi soleat, quæ usui quotidiano non inserviunt. Certe eum, qui legat den Haußrath oder die Meublen, easque voces ad

ad ſuppellectilem, quotidianis uſibus deſtinatam, reſtringi cupit, id clare exprimere debere exiſtimo.

## Aphor. XVI.

PERPETVA EST DISTINCTIO) Hinc recte formant regulam generalem: Sub legato auri & argenti eam ſolum ſpeciem contineri, quæ pretium commune habet, non eam, quæ habet pretium eminens. Quodſi tamen teſtator forſan aliud aurum vel argentum, quam ſignatum, non relinquat, huc legatum erit trahendum BRVNNEMANN. ad *L. XIX. D. de aur. argent.*

ORNAMENTI, QVO ORNATIOR) De unguentis, an ſub uno alterove horum legatorum contineantur, non conveniunt Doctores. Et ea quidem, quibus valetudinis cauſa utimur, ad neutrum genus referri poſſe, per ſe patet. *L. XXV. §. XII. D. de aur. argent.* Non tamen ideo ſimpliciter unguenta excludenda ſunt. Nam non Romanæ ſolum mulieres unguentis ornatus & voluptatis cauſa utebantur, & ancillas unctrices alebant; ſed & noſtratibus ſolenne nonnunquam eſt, ut nonniſi unctæ in publicum prodeant, quamvis bene valeant. Quare non dubito, quin & unguenta ſub legato mundi contineri poſſint.

NIHIL REFERT) Imo aliquid intereſſe putat STRYCK. *de jur. veſtiar. cap. V. n. 7. ſqq.* utrum veſtes, an veſtimenta legentur. Hoc enim caſu omnes veſtes deberi aſſerit, quas teſtator habuit, ſive quotidianæ, ſive feſtivæ fuerint. Ibi heredem præſtatione neceſſariarum veſtium liberari ait, ut tamen ad qualitatem perſonæ legatarii reſpi-

ſpiciat. Quid ſi veſtes non adſint, pannus tamen ſciſſus & nondum confectus reperiatur? Legatario tum nihil debetur, cum panno forma adhuc deſit, nec ideo veſtis dici poſſit SCHILTER *Exerc. XXXIX. §. C.*

## Aphor. XVII.

PER TOTVM VITAE TEMPVS DEBEBVNTVR) An & ſumtus funeris? Negat CARPZOV. *P. II. Conſt. XLVI. def. XXIII.* Nec immerito. Vinculum enim præſtandi alimenta ceſſat a momento mortis. Qui tamen ex legis neceſſitate alimenta debet, & ſumtus funeris ſuppeditat. Cæterum legatum alimentorum maximum in jure noſtro habet favorem. Nam I) ut Auctor monet, ad pubertatem usque relictum non niſi adepta plena pubertate ceſſat, ſimpliciter vero relictum per totum vitæ tempus debetur. II) Indigno, cui alias hereditas aufertur, alimentorum tamen legatum non adimitur *L. XI. de aliment. leg.* III) legatarius jus tacitæ hypothecæ habet in bonis heredis IV) Legatis in genere ademtis, hoc tamen ademtum non cenſetur *L. XVIII. §. III. Eod.* V) Cauſæ alimentorum ſummarie expediuntur. Quæ cum aliis vide in BÖHMERI *Jur. Dig. tit. de alim. legat.*

## Aphor. XVIII.

QVAM IN IPSO DEBITO) Quod varia ratione contingere poteſt. Nam ex conditionali legato fit purum; Exceptio, quæ credito perpetuo obſtabat, corruit; Chirographo amiſſo creditor

tor agere potest ex testamento; loco actionis personalis oritur realis, &c.

VITIARI NON DEBET) Secus itaque est, si quantitatem non expresserit, & generatim, quicquid Titius debet, Titio legaverit. Cum enim, si Titius nil debet, non appareat, quantum legatum sit, legatum inutile est. *L. LXXV.* §. *I. de Legat. I.* Quid vero, si tertio, quod tertius debet, leget testator? quod legatum sigillatim nominis legatum vocatur. Tum subsistit legatum, modo tertius aliquid debeat. Sin nihil debet, etiamsi quantitas adjecta sit, legatum exitum habere non potest, cum heres, qui alias, si aliquid deberetur, obligatus esset, ad cedendam actionem, hanc ipsam, quam contra tertium ipse instituere non potest, in legatarium transferre nequeat *d. L. LXXV.* §. *II. de Legat. I.*

IN DVBIO NON PRAESVMITVR) Quemadmodum hic casus subintelligendus est, debitorem simpliciter absque mentione debiti legasse, ita e contrario, etiamsi simpliciter legatum sit, debitum tamen voluntarium ex contractu oriundum a debito necessario, quod ex legis dispositione debetur, videtur distinguendum, eo effectu, ut illud quidem legati nomine, salvo debito priori, exsolvendum sit, hoc autem legatum debitum prius absorbeat. Quamvis enim SCHILTER *Exerc. XXXIX.* §. *XX. sqq.* hanc distinctionem non admittat; est tamen eadem ipsa in legibus fundata. Nam verbi causa legatum dotis, quam pater filiæ promisit, dotem absorbet *L. XXII.* §. *III. D. solut. matrim.*

Le-

Legatum, a defuncto conjugi relictum, in portionem, quæ ipsi ex prædefuncti conjugis bonis debetur, imputari jubet AVTHENT. *Præterea C. Unde Vir & Uxor.* Itidem, si quid uxori in testamento legatum sit, id in donationem propter nuptias imputabitur AVTHENT. *Dos data C. de donat. ante nupt.* Plura exempla vide apud LEYSER. *Spec. CCCXCIII. med. III. sq.*

## Aphor. XX.

RELINQVVNTVR AVTEM LEGATA) Quæ hic de conditione & infra de die dicuntur, jam supra explicata sunt ad *tit. XVIII. Lib. II.*

## Aphor. XXII.

INSTAR LEGATI CONDITIONALIS EST) Recte Auctor legata poenæ legatis conditionalibus annumerat. Neque enim BYNCKERSHOECKIVS, qui in *Diss. de legat. poen. nomine relict.* id ex instituto agit, ut naturam hujus legati ex Antiquitatibus eruat, rem conficit, dum illud tale semper fuisse credit, quando testator heredi factum aliquod illicitum injunxisset, quoque magis hoc fieret, simul imperasset, ut legatum certum solveret, nisi faceret. Neque opus est, ut cum GVNDLINGIO *in Diss. de principe herede scripto cap. VI. §. XXXII.* obscuritatem, quæ hoc juris argumentum premit, Triboniano imputemus, ejusque incuriam in excerpendis antiquis Commentationibus accusemus. Nam, nisi me omnia fallunt, clare docui in *Comment. ad Constit. omiss. Manip. III. obs. IX.* legatum poenæ speciem legati condi-

ditionalis fuisse, vel potius poenam, a testatore expressam, ab herede, legati nomine, tertio exsolvendam, eo casu, si conditionibus adjectis non satisfaceret. Et sic, pro diversitate conditionis, vel possibilis vel impossibilis adjectæ, legatum poenæ vel validum vel inefficax erit. Certe testatori competiisse facultatem, ut negligentiam heredis poena adjecta coerceret, ex *L. I. §. VIII. D. ad L. Falcid. L. XXIV. D. quand. dies legat. L. XXVII. D. de condit. & demonstrat.* facile probatur. Ut autem voluntas testatoris tum demum servanda est, quando possibilia injungit, ita e contrario incassum laborabit, si poena adjecta heredem ad impossibilia facienda obligari posse existimet. Quæ cum ita sint, legatum poenæ hodie adhuc locum habere posse, quis facile dubitabit!

## Aphor. XXIV.

DE VOLUNTATE TESTATORIS ET IPSA RE CONSTET) Demonstratio in genere dicitur specialis rei vel personæ descriptio. Ex quo simul patet, quare non noceat legato, si error commissus sit in speciali descriptione, cum nihilo secius tam persona, quam res, in genere certa esse possit. Et si hæc certitudo adsit, vel minimum ex eventu certitudo haberi possit, voluntati testatoris omnino standum est, cum non omnis incertitudo, sed inextricabilis solum, legata vitiet *L. I. C. de incert. person.* Non itaque nocet error in nomine, cognomine, prænomine legatarii, *§. XXX. J. de legat. L. XXXIII. sqq. de condit. & demonstr.* nisi

nisi tanta existat æquivocatio, ut, de quo testator cogitaverit, plane ignoremus *L. XXX. D. de testam. tut.* Non nocet error in rei qualitatibus, non descriptio falsa, nisi I) testator se in tali demonstratione, ut in causa adæquata, fundaverit, eaque propter unice legaverit *L. V. C. de testam. L. IV. C. de hered. instit.* II) demonstrationem a loco desumserit, res vero in eo loco non reperiatur, *L. CVIII. §. X. D. de legat. I. L. VIII. §. II. de Legat. II.*

## Aphor. XXVI.

Legatum tamen valet) Primo, quia testator legislatorem agit, quem legi falsam causam adjicere posse, nec tamen legem hoc ipso vitiari, notissimum est. Deinde quia ratio legandi legato non cohæret, id est, causa nulla requiritur, sed legatum ex liberalitate provenit. Verum inde etiam patet, falsam causam non posse non legatum vitiare, quando testator in ea se præcise fundat, certoque constat, causam adjectam unice movisse testatorem, ut alicui legatum relinqueret. Idque juris esse, quotiescunque causa respicit consanguinitatem, ex *L. IV. C. de hered. instituend.* colligunt. Vid. Harprecht ad *§. XXXI. J. de legat. n. 4. sq.*

## Aphor. XXVII.

Statim capit) Id est, modus non suspendit acquisitionem legati, ut conditio, sed dies statim cedit & venit, ipsumque legatum ad heredes transmittitur, modo hi etiam modum adimplere

possint. Nam modus legatarium necessitate onerat aliquid faciendi vel omittendi. Potest autem factum ita comparatum esse, ut artem vel peculiarem legatarii industriam præsupponat. Quo igitur securus præstetur heres & tertius, de adimpletione modi, eo nomine legatarius cavere debet, nec prius ipsi legatum præstatur *L. XL. §. fin. L. LXXX. de condit. & demonstr.* Quod si autem modus in favorem ipsius legatarii adjectus sit, & inde commodum aliquod in tertium non redundet, cautio ipsa cessat, cum modus, ut consilium, adjectus censeatur *L. LXXI. de Eod.*

## Aphor. XXVIII.

Ipso jure) Non tamen possessio. Et sic factum heredis eo fine requiritur, ut possessionem nanciscatur legatarius. Inde vero est, quod post mortem testatoris quidem statim omne commodum & periculum rei legatæ sit legatarii, quatenus res legata culpa heredis deterior non est facta. Quia vero legatarius ficte solum post mortem testatoris, & vere demum post aditam hereditatem acquirit legatum, simul patet ratio, cur legatum exspiret, si heres hereditatem repudiet.

## Aphor. XXXI.

Tres actiones) Ita vero utitur legatarius his actionibus, ut dispiciat prius, an species, an vero genus, quantitas, vel factum legatum sit. In posteriori enim casu cum herede solum agit personaliter, ob aditionem hereditatis, actione ex testamento. Priori casu res aut extat penes here-

dem,

dem, aut non extat. Ibi actione reali, nempe rei vindicatione, recte utitur. Hic iterum contra heredem actionem personalem instituit, si modo heres solvendo existat. Sin secus, contra tertium possessorem rectius utitur actione hypothecaria.

## Aphor. XXXIII.

CAVERE DEBET IS) Et quidem semper realiter. *L. I. §. I. Ut legat. caus.* & possessio bonorum immobilium non sufficit, quia periculum semper certum est, resque ipsa urget, ut tanta sit legatarii securitas, quanta sufficit ad suspicionem tollendam. Potest tamen testator ipse hanc cautionem omnino heredi remittere *L. fin. pr. D. Eod. L. XXIV. C. Eod.* Imo & lex quasdam personas ab hujus cautionis præstatione immunes facit. Nam non liberi solum fideicommisso, sive reciproco, sive descendentibus suis restituendo, gravati non cavent. *L. VI. §. I. C. ad Sct. Trebell.* BERGER. *in Select. fideicommiss. capitib. quæst. VIII.* quod tamen ad fideicommissum, extraneis restituendum, applicari nequit, ut docet LEYSER. *Spec. CCCCVII. med. I.* Sed & parentes fideicommisso liberis restituendo gravati a cautione liberat *d. L. VI. C. ad Sct. Trebell.* nisi ad secunda vota transeant NOVELL. *XXII. cap. XLI.* vel manifestum dissipationis periculum adsit. Idque ultimum generatim statuere licet, sive testamento, sive lege, a cautione liber esse jussus, bona dilapidare incipiat.

IN POSSESSIONEM RERUM HEREDITARIARUM) Et quidem pro quantitate ejus, quod relictum est NOV. *LIII. cap. IV.* Videtur tamen

men hæc missio in subsidium solum locum habere, si alia ratione legatario cautum non sit *L. I.* §. *XVII. Quod legator.* Cumque legatario jus tacitæ hypothecæ jam competat, quando hæc sufficit, illi missioni, quæ & ipsa præter jus pignoris quid amplius non tribuit. *L. III. & V. C. ut in possession. legat.* nullus videtur relinquendus locus. Non tamen ideo ipsa missio supervacua haberi potest hodie, siquidem hypotheca tacita solum competit in bonis defuncti, quæ aliis legata non sunt. Et sic certe missio, si hereditas legatis exhausta est, utilitatem omnino habebit.

## Aphor. XXXIV.

CORAM QVINQVE TESTIBVS) Qua de re tamen, ut testes adhibere necesse sit in adimendo legato, merito dubitabis, ob *L. III.* §. *XI. D. de adimend. vel transfer. legat.* siquidem ibi nuda voluntate legata adimi asserat JCtus add. *L. XXVI. C. de fideic.* Sic vero, quando in scriptis fit revocatio, hoc unum sufficiet, ut de scriptura constet. STRYCK. *Us. Modern. Dig. tit. eod.* §. *II.* Oretenus tamen, si quis adimat legatum, consilii omnino erit, ut duos adhibeat testes, non solennitatis, sed probationis gratia, quo de voluntate contraria legatarius possit convinci CARPZOV. *P. III. Const. XIII. def. XIX.* STRYCK *ad Lauterbach. tit. de adimend. vel transfer. legat. p. 803.* WERNHER. *P. I. Obs. CCC.* Quapropter nec opus erit ad habilitatem testium, quæ alias in re testamentaria desideratur, respicere. Quamvis negare nolim, tutius agere eos, qui coram quinque testi-

testibus revocant, quo res ipsa minori dubio subsit.

MVTATA VOLVNTAS COLLIGITVR) Idque inde etiam colligunt, si inimicitia, eaque capitalis inter testatorem & legatarium postea oriatur, nec reconciliatio interveniat *L. III. §. fin. L. IV. L. XXXI. §. II. de adimend. vel transferend. legat.* Non enim quamlibet inimicitiam ad hoc sufficere, ut legatum habeatur revocatum, leges citatae clare loquuntur.

NON EX NECESSITATE) De eo quidem, quod legatum, titulo lucrativo in alium a vivo testatore translatum, revocatum censeri debeat, nemo dubitat ob expressam *L. XVII. D. de adimend. legat.* Nam hoc facto adhuc ademtum esse intelligitur, etiamsi donatio ne jure quidem valeat *L. XXIV. §. I. D. Eod.* Quod ad alienationem vero, titulo oneroso factam, attinet, pugna inter veteres intercessisse videtur. Certe PAVLVS *Recept. Sentent. Lib. IV. Tit. I. §. IX.* generatim asserit, venditione extingui legatum & fideicommissum. Idemque ille, si servus legatus, postea alienatus, & a testatore iterum redemtus sit, nihilosecius legatario actionem denegat *L. XV. D. de adimend. legat.* Verum Celsus JCtus, aliique, legata, alienatione, quae non esset voluntaria, adimi, negarunt, In eadem opinione fuit VLPIANVS in *L. XI. §. XII. de Legat. III.* Hancque posteriorem sententiam publica lege fuisse approbatam ex *§. XII. J. de Legat.* clare elucet, add. *Comment. ad Constit. omiss. Manip. III. obs. IV.*

Corrvit etiam) Imo & corruere legatum putant, si post testamentum factum liberi supernascantur, quod verum omnino est. Sed ex *L. VIII. C. de revocand. donat.* argumento minus apto deducitur, cum illatio a donationibus ad legatum non procedat universaliter, multumque differentiæ inter utrumque negotium intersit. Vera itaque ratio est, quia per agnationem posthumi totum rumpitur testamentum. Unde simul evidens est, legato nihil nocere, si testamentum pro parte, nempe intuitu heredis institutionis solum, corruat.

## Tit. XXV.

## De Lege Falcidia.

### Aphor. I.

Vt scilicet heredes) Verum quam maxime dubium est, utrum testatori an heredi magis faveant leges. Nam utriusque interest, ut quarta heredi salva sit. Testatoris, ne ultima voluntas destituatur, heredis, ne omni emolumento excidat. *§. I. J. de L. Falcid.* Novell. *I.* Sed, si dicendum quod res est, plus favoris ipse testator habere videtur, cum ipsi integrum sit, detractionem Falcidiæ prohibere.

Pertinet haec qvarta ad heredem) Eumque I) titulo universali succedentem, quatenus II) gravatus est ad præstanda, per titulum singularem, mortis causa, relicta, & quatenus III) quartam non habet salvam. Ex priori membro fluit, a) nihil

nihil intereſſe, utrum unus, an plures heredes ſint inſtituti. Nam in ſingulis heredibus ratio Falcidiæ eſt habenda *L. LXXVII. D. ad L. Falcid.* b) Succeſſores ſingulares, v. c. legatarium gravatum vel fideicommiſſarium non detrahere hanc quartam ex ſua perſona. Per conſequentiam tamen, ſi ipſis prius ab herede aliquid deductum ſit, ut integrum legatum non habeant, iis, quibus teſtator a legatario ulterius legavit, id ipſum, quod heres ſibi retinuit, pro rata iterum imputare posſunt, niſi teſtator expreſſe voluerit, ut integrum exſolverent legatum. Ex ſecundo membro fluit, nullum emolumentum in aliquem mortis cauſa tranſire poſſe, quod Falcidiam non admittat, ſi heres gravatus ſit. In legatis itaque, prælegatis, fideicommiſſis particularibus, mortis cauſa donationibus & capionibus locum habet. Ex tertio denique membro infertur, pluribus coheredibus nominatis eum, qui alterius deficientis portionem vacantem jure accreſcendi acquirit, legatis non exhauſtam, non deducere poſſe quartam, etiamſi pro ſua parte gravatus ſit *L. LXXVIII. D. de L. Falcid.* ne duplex lucrum habeat, alterum ex jure accreſcendi, alterum ex deductione quartæ. Quod tamen ſecus eſt, ſi coheredis portio gravata accreſcit. Tum enim ex perſona deficientis recte quartam deducit.

## Aphor. II.

QVAE FVIT TEMPORE MORTIS) Et ſic I) quicquid poſt mortem hereditati accreſcit, heredi indiſtincte cedit, nec in quartam Falcidiam im-

putatur. II) Quia hereditas non intelligitur, nisi deducto ære alieno, id etiam prius deducendum est, etiamsi defunctus ipsius heredis debitor fuerit. Non enim dici potest hoc debitum confusum, quia quantitas spectanda est, quæ fuit tempore mortis. Cumque tempore mortis heres vere nondum erat heres, recte prius, quod sibi debetur, deducit *L. XV.* §. *III. L. LXXXVII.* §. *II. D. de L. Falcid.* Eadem ratione deducit ea legata, quæ, nisi relicta fuissent, peti tamen tanquam æs alienum potuissent, *v. c.* prælegatum dotis. Ut vero & patrimonium defuncti & legata secundum pretium commune æstimantur *L. LXIII. pr. Eod.* ita e contrario maximum oritur dubium, quomodo computatio fiat, si legatum sit incertæ æstimationis v. c. annuum & alimentorum. Distinguunt leges. Aut tale legatum est perpetuum, v. c. Reipublicæ, aut legatario & heredibus relictum, aut est temporale, & cum persona legatarii exspirat. Priori in casu ex *L. III. in fin. ad L. Falcid.* tantum videtur legatum, quantum sufficit sorti, ad usuras trientes, id est 4. pro 100. ejus summæ, quæ legata est, colligendas. Et sic si viginti quotannis assignati, id sortem efficit quingentorum Imperialium, qua quantitate si gravetur heres, quartam respectu ad hanc habito recte deducet. Posteriori vero in casu in subsidium vocanda est *L. LXVIII. ad L. Falcid.* quæ jam per se satis clara est add. Strykii *Us. Modern. Digest. d. titul.* §. *IX.* Huberi *Prælect. ad eund. tit.* §. *III.*

Aphor.

## Aphor. III.

SI PER ERROREM) Id est facti *L. IX. C. ad L. Falcid.* Secus, si ex errore juris solvit. Error enim juris non operatur condictionem indebiti *L. X. C. de jur. & fact. ignor.* nisi forsan persona talis sit, cui jus ignorare permittitur. Multo magis sibi præjudicium infert heres, qui sciens, se esse gravatum, sibique jus esse deducere quartam, integrum exsolvit legatum. Nam & reliquorum legatariorum intuitu jus deducendi quartam amittit. Ut sic omnino consultum sit, protestationem pro conservando jure ratione reliquorum addere, si forsan aliis causis heres inductus uni ex legatariis exsolutione integri legati gratiam facere velit.

## Aphor. IV.

SI TESTATOR DIXERIT) Id certum est, leges expressam testatoris prohibitionem requirere. Dubiam enim prohibitionem non sufficere, ex AUTHENT. *Sed cum testator C. ad L. Falcid.* cognoscimus. Et sic, quousque verba testatoris in alium sensum trahi possunt, heredi detractiō quartæ non videtur interdicta CARPZOV. *Lib. VI. Resp. XXX.* Quapropter nec sub jussu, ut integra legata exsolvat heres, statim latet prohibitio, ne deducat, cum jussus accipi possit salvo jure heredis. Quodsi tamen prohibitio verbis testatoris per necessariam consequentiam insit, quorsum spectat casus in NOVELL. *CXIX. C. XI.* quando testator alienationem rei immobilis legatæ interdixit, omnino standum erit testatoris voluntati.

INVENTARIVM NON CONFECERIT ) Imo generatim; si heres culpa sua se ipsum beneficio juris indignum reddat, quod præter casum ab Auctore allegatum etiam fit, quando hereditatem expilavit NOV. *I. cap. II.* item quando a judice admonitus intra annum legata præstare neglexit NOVELL. *I. cap. IV.* AVTHENT. *Hoc amplius C. de fideicommiss.* quando alias dolose egit, ut legata intercideret *L. LIX. pr. ad L. Falcid.* Insuper, quod neglectam inventarii confectionem attinet, non desunt, qui NOVELL. *I.* poenamque in ea statutam ob generalitatem textus ad omnes omnino heredes, ipsosque liberos pertinere ajunt, vid. VINNIVM *Select. quæst. jur. Lib. II. cap. XXVIII.* Verum hanc opinionem vel ideo admitti non posse existimo, quia quarta hereditatis pars liberis ipso jure debetur, quæ ne quidem a vivo patre ipsis adimi potest, nisi ex causa a legibus approbata; Post mortem ejus vero multo minus auferri poterit, quo certius est, eos etiam ipso jure in legitima minimum esse heredes. Idque crederem tamdiu tenendum esse, quamdiu lex poenalis expressa non extat. Minori dubio subest, quod neque legitimi neque extranei heredes, jus deducendi quartam, ob neglectam inventarii confectionem, in iis provinciis amittant, in quibus inventarii defectum jurata specificatio supplet.

MORAM COMMISERIT ) Quod, ut mihi videtur, non male ex dict. NOVELL. *CXXXI. cap. XII.* infertur. Certe expressis verbis heredem emolumento solum privat, si admonitus altera vice moram

moram in exſolvendo legato committat. Cæterum regula extat in *L. I. §. V. D. de L. Falcid.* quod heres etiam ab iis, quæ Deo legata ſunt, quartam detrahere poſſit.

RATIONE QVARTAE DETRAHERET) Id eſt, damnum, quod ex prohibita deductione quartæ oritur, heredis tantum eſt, nec hic ideo reliquos legatarios, quibus quartam deducit, gravare, vel iis hoc ipſum emolumentum, quod amiſit, imputare poteſt. Nemini enim ex illis plus detrahit, quam detrahere potuiſſet, ſi quartam a privilegiato legato deducere non prohibitus fuiſſet STRYCK. *Cautel. teſtam. cap. XXII. membr. III. §. ult.*

## Tit. XXVI.

## De fideicommiſſo univerſali, ſeu de fideicommiſſariis hereditatibus & SCto Trebelliano.

### Aphor. I.

FIDEICOMMISSVM) Fideicommiſſa omnia olim jure nitebantur imperfecto. Nam teſtator non dicebat heredi legem, ſed eum rogabat, ejusque pudori relinquebat, ut alteri aliquid præſtaret. Rogatio vero jus imperfectum tantummodo producebat, & ſic in heredis erat arbitrio, an præſtare vellet fideicommiſſum nec ne. Quapropter etiam fiduciarius vocabatur heres ille, cui reſtitutio eſſet injuncta, cum teſtator fiduciam poneret in eo de implendo, ob quod eſſet rogatus. Ille vero, cui reſtitutio facienda, fideicommiſſarius heres nominabatur. Sigillatim fideicommiſſa hæc vi-

videntur eum in finem inventa, ut illi, quibus directo ob quendam defectum jure civili hereditas vel legatum relinqui non poterat, ex testamento aliquid caperent, quod non silet §. *I. J. de fideicomm. hered.* Verum hoc in argumento plura postea mutata sunt capitula. Nam primo plenam fideicommissis conciliavit efficaciam Augustus, voluitque, ut heres rogatus ea præcise præstaret æque ac si jussus intervenisset. Quem in finem quibusdam magistratibus extra ordinem concessa est cognitio de fideicommissis. Duos Claudius constituit Prætores fideicommissarios SVETONIVS *in Claudio cap. XXIII.* Unum deinde detraxit TRAJANVS *L. II. §. XXXII. de Orig. Jur.* Consules vero cum iis concurrentem habebant jurisdictionem, ut de majoribus quantitatibus cognoscerent VLPIANVS *Fragment. Tit. XXV. §. XII.* Imo eousque progressi sunt Romanorum legislatores, ut &, cum alias heredi libera concederetur adeundi hereditatem facultas, fiduciarium heredem cogerent ad aditionem *§. VII. J. de fideic. heredit.* Secundo dispositum est, ut talis sit fideicommissarius heres fiduciario substituendus, qui directo institui potest *L. LXVII. §. fin. D. ad SCtum Trebell.* Tertio tamen etiam invaluit, ut non præcise fideicommissum testamento relinqueretur, sed quælibet ultima voluntas, etiam Codicillus, modo quinque testes adessent, sufficeret *L. XXII. C. de fideic.* Imo & testatori permittebatur, ut heredis præsentis fidei aliquid restituendum committeret, testibus non adhibitis, & heredi fideicommissum neganti juramen-

mentum, quod ideo, quia solus notitiam rei haberet, præcise præstaret, deferri posset *L. ult. C. Eod.* Quamvis solius heredis fidem hac in re sequi non semper satis consultum sit.

VEL PARS EIVS) Subtili quadam distinctione Romani partem hereditatis quotam a parte hereditatis quanta distinguebant, eo effectu, ut fideicommissarius universalis, qui vel integram hereditatem vel ejus partem quotam caperet, eam jure hereditario cum omni onere annexo haberet, & jure universali succederet, fideicommissarius particularis vero, cui pars quanta esset restituenda, hanc instar legati absque onere & jure singulari caperet, cum tale fideicommissum legato in omnibus sit exæquatum *L. I. pr. D. de Legat. I. L. II. C. Commun. de legat.* Ut sic in effectu multum inter utramque fideicommissi speciem intersit.

VERBIS PRECATIVIS) Qua in re quidem perinde est, qualia verba adhibeat testator, modo talia sint, quæ vel explicite vel implicite restitutionem hereditatis denotent *L. LXXVI. D. ad SCtum Trebell. §. VIII. J. de injust. rupt.* Quapropter & tacita voluntas sufficit, *L. LXVII. §. IX. de Legat. II. L. CXV. & CXVIII. de Legat. I.* imo & nutus, si quæstio antecedens idoneis verbis absque suggestione prolata sit, admittitur *L. XXI. de Legat. III.* Ut autem, quod dixi, generatim tenendum est, verba ita esse debere comparata, ut seriam testatoris de rebus hereditariis restituendis voluntatem indicent, & certum quid determinent, ita e contrario facile patet, neque verba mere enuncia-

ciativa fideicommissum facere *L. XXXVIII. §. III. L. LXVIII. §. I. de Legat. III.* STRYCK. *Cautel. testam. cap. XXI. membr. I. §. XXIX.* neque simplicem commendationem sufficere. *L. LXXVIII. §. VIII. ad SCt. Trebell. L. LXXVII. §. XXIV. de Legat. II.* BERGER. *Supplem. ad Elect. Discept. Forens. Part. I. p. 745.* quamvis haut diffitendum sit, & commendationem tum fideicommissum operari posse, si commendans certum quid expresserit, eaque ratione de voluntate testatoris constet, quod legibus & præjudicio comprobat LEYSER. *Spec. CCCC. med. III.* Quæ cum ita sint, & hoc non potest non elucere, nudo præcepto de non alienando non inesse fideicommissum. Non enim esse potest fideicommissum absque herede fideicommissario. Quodsi igitur testator non expressit, cujus in favorem alienatio debeat esse interdicta, heres fideicommissarius non adest, & sic certitudo voluntatis iterum deficit, add. *L. XXXVIII. §. IV. L. XCIII. pr. de Legat. III.*

HEREDITATEM EJUSVE PARTEM) quatenus fideicommittentis arbitrio subjacet. Ea enim, quæ in bonis quidem defuncti sunt, sed tertio simul obnoxia, qui jam jus aliquod quæsitum in iis habet, fideicommissum non admittunt. Et sic etiam legitima fideicommisso gravari nequit, nisi per indirectum, si testator cautela Socini utatur, de qua jam egimus supra.

ALTERI RESTITUENDA) Imo si originem fideicommissorum spectes, non ex ultimis solum voluntatibus, sed nonnunquam etiam ex pacto natales deducunt. Unde enata est distinctio inter fidei-

fideicommissa per ultimam voluntatem & per conventionem constituta. Et quamvis dubium sit, anne Romanis etiam hæc distinctio fuerit cognita, cum *L. I. §. I. de Legat. III. L. I. §. V. L. VI. §. I. ad SCtum Trebell. L. ult. C. de reb. alienis non alienand.* quas LYNCKERVS *in Anal. ad Dig. p. 345. & in Emend. ad h. l. p. 44.* aliique allegant, rem ipsam perspicue non loquantur, dubium tamen non est, quin Germanis eo frequentiora sint ejusmodi pacta, quo certius constat, iis principium Juris Romani, quod pacta successoria damnat, nunquam arrisisse. Add. KNIPSCHILD. *de fideic. famil. nobil. cap. XXVI. n. 25. sq.* Convenit autem in his utrumque genus, quod, ne spes heredi, qui fideicommissum sperat, intercipiatur, possessor inventarium rerum hereditariarum, quæ fideicommisso obnoxia sunt, conficere CARPZOV. *P. III. Const. VIII. def. XXXIX.* cautionem, quatenus lege vel testamento non est remissa, (conf. quæ supra diximus ad *Lib. II. Tit. XXIV.* §. *XXXII.*) de restituendo præstare, & rationes de ipsa administratione reddere debeat, salvo jure percipiendi fructus, si ex certo die restituendum sit fideicommissum. Præterea servandus est ordo successionis, quem vel testator præscripsit, vel de quo partes convenerunt. Demum jus alienandi possessor non habet, quatenus jus successoris intervertitur. In eo tamen differunt, quod in conventionali neque quarta Trebellianica, de qua infra, neque jus accrescendi locum sibi vindicet, atque, si donatio intervenerit, insinuatio judicialis nonnunquam accedere debeat, quæ omnia

omnia in fideicommisso ultima voluntate constituto secus. Add. HARPRECHT. *Tr. Acad. de remed. L. fin. C. de fideic. cap. V.* §. *XIX. & XLI.* STRYCK. *de Cautel. testam. cap. XXI. membr. I.* §. *XXVI.*

## Aphor. II.

NE ALIENETUR RES EXTRA FAMILIAM) Imo, hæc clausula de non alienando extra familiam omni fideicommisso familiæ per se jam inest. Multum tamen interesse credunt, utrum expresse adjecta sit, an tacite subintelligatur. Priori enim in casu id voluisse testatorem credunt, ut ipso jure alienatio nulla sit, & translationem dominii impediat, sic vero proximior statim rem alienatam revocare possit, cum e contrario, clausula illa non adjecta, alienatio demum post mortem alienantis revocari queat. Fundamentum vero hujus distinctionis ex *L. LXIX.* §. *III. D. de Legat. II.* desumunt. Sed falluntur. Nam neque lex allegata revocationem statim concedit, neque proximi actionem prius habere possunt, quam ad fideicommissum vocantur, quod demum fit post alienantis mortem. Alii præsidio hujus legis stipati distinctionem inter alienationem voluntariam, & eam, quæ ob æs alienum fit necessario, formant, eo effectu, ut ibi revocatio statim, hic post mortem alienantis fieri possit. Verum nec hoc ex textu probatur. Et generatim convenit analogiæ juris, ut, quousque durat jus alienantis, eousque proximi a petendo fideicommisso excludantur; Ejus vero jure resoluto, resolvatur etiam jus accipientis, isque demum revocet, qui ad successionem vocatur. Majorem igitur utilitatem habebit,

bebit quæstio, anne, qui revocant fideicommissum, pretium possessori bonæ fidei restituere debeant? Quod merito negamus, quando fiduciarius sui solum gratia alienavit, cum jus successorum nulla ratione intervertere, nec, quod beneficio testatoris aut legis absque onere obtinere debebant, onere gravare potuerit. Quodsi vero alienatio fideicommissi peragatur ob causam aliquam necessariam & æs aliquod alienum, quod ipsi rei inhærebat, quodque ideo tanquam onus reale ad quosvis possessores ita transibat, ut & hi obligationem, æs alienum istud exsolvendi, suscipere deberent, dubium non est, quin illi possessori fideicommissi pretium refundere debeant. vid. KNIPSCHILD. *de fideicomm. famil. cap. XIII.*

FAMILIA VOCATVR) Et sic durat etiam fideicommissum, quousque quis ex familia superest. Cum ultimo vero ex familia ipsum fideicommissum evanescit, eo quidem effectu, ut & valide de ipso fideicommisso disponat, STRYCK. *Cautel. testament. cap. XXI. membr. II. §. XXIII.* Non tamen etiam deneganda est iis, quorum interest, facultas, communi & unanimi consensu fideicommissum tollendi, quotiescunque tertii non simul interest, vid. LEYSER. *Spec. CCCCIII. med. III. seq.*

## Aphor. III.

DISPOSITIONI JVRIS COMMVNIS) Foeminæ tamen semper exclusæ sunt a successione in fideicommisso familiæ, nec, nisi in subsidium, si masculi, per quos familia conservatur, desint, aut si

ultimus possessor jure suo, de fideicommisso disponendi, usus non sit, vocantur, modo & ipsæ successionis sint capaces. Nam v. c. si fideicommissum in feudo sit constitutum, id potius domino directo apertum sit add. STRYCK. *cit. loc. membr. II. §. IX. & XIV.*

## Aphor. IV.

GRAVATI PROXIMITAS SPECTATUR) Si nempe testator expresse de modo succedendi ita statuit, quippe cujus arbitrio hæc res relinquitur. In dubio semper ea servanda est regula: In capessendis fideicommissis familiæ spectandam esse proximitatem ultimi possessoris, non fideicommittentis. PEREGRINUS *de fideicommiss. art. XX.* BERGER. *P. I. Resp. CLV. n. 4.*

## Aphor. VI.

CUM ACCESSIONIBUS) Ut igitur commodum habet heres fideicommissarius, ita & hereditas periculo ejus jacet, nec heres fiduciarius diminuta hereditate ulterius quid restituit, quam quod superest. Imo ne quidem de culpa levi respondet heres fiduciarius, sed de dolo solum & culpa lata *L. XXII. §. III. ad SCtum Trebell.* Cessat tamen omnis alienandi hereditatem facultas citra necessitatem vel voluntatem testatoris. Vid. BÖHMER. *Jur. Digest. d. tit. §. XXX. sqq.*

## Aphor. VII.

QUAE VOCATUR TREBELLIANICA) Hoc quidem certissimum est, heredi fiduciario, ut aliis qui-

quibuscunque, quartam debere esse salvam. Sed opus est, ut hoc argumentum ipsamque fideicommissorum rationem paulisper illustremus. Jure nempe antiquo duplex quidem in fideicommisso aderat persona, altera, quæ restitueret, altera, cui restitutio fieret. Sed tamen heres fideicommissarius jure stricto non erat heres *L. XLVII. §. I. ad L. Falcid.* nec creditores aut legatarii cum herede fideicommissario agere poterant, cum jus directæ actionis semper salvum maneret contra heredem fiduciarium. Postea vero Scto Trebelliano actiones etiam utiles datæ sunt contra eum, cui hereditas esset restituta. Verum sic heredi fiduciario nondum erat satis prospectum. Poterat enim in hereditate latere æs alienum, & sic sæpius accidebat, ut hereditatem non adiret fiduciarius, eoque extingueretur fideicommissum. Permittebat ideo Sctum Pegasianum, ut fiduciarius quartam posset retinere partem. Sed hoc Sctum silebat de actionibus hereditariis. Cumque Sctum Trebellianum actiones directas contra fiduciarium non sustulisset, sed exceptionem solum illi contra creditores dedisset, quod hereditas jam restituta esset, necessitas fere cogebat heredem, qui ex Scto Pegasiano adiret hereditatem, ut stipulationibus, quas partis & pro parte vocabant, interpositis, onera hereditaria cum herede fideicommissario communicaret. Itaque integrum erat heredi fiduciario, utrum ex Scto Trebelliano, an ex Scto Pegasiano vellet adire hereditatem. Id facere solebat, si quartam haberet salvam, hoc, si hereditas restitutione fidei-

commissi nimis esset gravata. Sed nusquam satis tutus erat. Illo enim in casu, quamvis quartam haberet salvam, nesciebat tamen, anne tantum æs alienum lateret, quod omne lucrum iterum absorberet. Hoc in casu anceps hærere debebat, anne fideicommissarius mutuas obligationes reciperet. Quare demum, ne heres fiduciarius omni lucro excideret, neve fideicommissarii spes emolumenti, ex restitutione hereditatis oriundi, facto heredis fiduciarii, qui non adiret hereditatem, interciperetur, omnis res transfuso Scto Pegasiano in Trebellianum sic composita est, I) ut heres fiduciarius semper salvam haberet quartam II) ut onera hereditaria ipso jure transmitteret pro rata in fideicommissarium III) ut nunc prior cogeretur semper ad adeundam hereditatem, alias amitteret quartam, & fideicommissario jus esset, in subsidium hereditatem adeundi, vid. late *tit. J. de fideic. hered.* & Nov. *I. cap. I. §. I.*

NON POTEST DETRAHERE) Mansit enim hic adhuc salva juris antiqui ratio, quod heres fideicommissarius non esset heres, Jus deducendi quartam autem jus heredis esset.

## Aphor. VIII.

VTRAQVE DEDVCI POTEST) Sed valde vereor, ne hæc ipsa doctrina genuino fundamento nitatur. Nam negari neutiquam potest, quartam hanc in gratiam eorum heredum esse introductam, quibus de jure testator certam hereditatis partem relinquere non debebat, quique nimis gravati ob nullum vel minimum lucrum hereditatem adire re-

recusabant. Verum, dum leges liberis jam ita prospexerant, ut pater ipsis legitimam necessario relinquere deberet, salva patri relicta facultate, de reliquis bonis extra legitimam disponendi, certe ratio nulla est, quare fideicommisso, salva tamen legitima, gravati, præter eam, adhuc Trebellianicam deducere debeant, cum sic duplicem quartam acquirant, quam una solum vice ipsis salvam esse debere leges jubent. Verum enim vero Praxis approbat Jus Canonicum, cujus tamen dispositionem æquitate omni destitui, non rationibus solum pluribus probavit VINNIUS *Lib. II. Select. quæst. cap. XXIX.* cui adstipulantur HOTTOMANN. *quæst. illustr. IV.* DONELLUS *Lib. VII. cap. ult.* BACCHOV. *ad Treutler. Vol. II. Diss. XIV. th. II.* sed & ipsi Pontificii Doctores agnoscunt. vid. GAIL. *Lib. II. obs. CXXI.* PEREZ *ad Cod. tit. ad SCtum Trebell. n. 11.* Eos præterea, qui hanc juris Canonici doctrinam cum jure antiquo Romano convenire putant, profligavit MAESTERTIUS *Lib. II. de justit. Leg. Roman. cap. XLVIII.* Cumque FACHINAEUS *Lib. V. Controv. cap. II.* novo argumento pro hac sententia ex Nov. *XXXIX. cap. I.* uteretur, VINNIUS *cit. loc.* mascule contrarium defendit. Ut ideo mirum sit, quosdam, qui Praxin sequuntur, eo usque procedere, ut ipsis ne quidem sufficiat, & legitimæ & Trebellianæ deductionem in fideicommisso conditionato præcipere, sed & idem juris esse in fideicommisso pure relicto asserant, vid. GONZALEZ TELLEZ *ad C. XVI.* X. *de testam. n. 23.* SCHILTER. *Exerc. XL.*

 *§. XXII.*

§. *XXII.* SANDE *Lib. IV. tit. VII. def. V.*

RIDICVLVM AESTIMETVR) Licebit tamen rogare Fabri asseclas, ne risu excipiant limitationem regulæ suæ, a prohibitione patris desumtam. Patri enim extra legitimam liberrimum datur de bonis suis statuendi arbitrium. Neque hoc in *L. VI. C. ad SCtum Trebell.* imminuitur, quippe in qua de ipsa legitima, quæ secundum jus Justinianeum sub Falcidia & Trebellianica continetur, agitur. Quibus verbis ipse utitur LEYSERVS *Spec. CCCCV. med. V.* quæ ideo integra allegare volui, quia nostram sententiam in priori observatione adductam non parum juvant.

## Aphor. IX.

QVAE QVOVIS ALIO IVRE) Qua in re quarta Trebellianica a quarta Falcidia differt. Ratio differentiæ vero eo redit, quia in directa heredis institutione testator magis dilexisse præsumitur heredem, quam legatarium, cum titulus institutionis sit honorabilis. In fideicommissaria autem hereditate magis fideicommissarium, quam fiduciarium, cum hoc solum, tanquam instrumento hereditatis transferendæ, utatur, vid. ZOESIVM *ad tit. Dig. de SCto Trebell. in fin.* DONELLVM *Lib. VIII. cap. XXVI. lit. b.*

IMPVTARI NON POSSE) Quod quidem iterum confirmat *cap. XVI. X. de testament.* Sed *L. VI. C. ad SCtum Trebell.* non obstare, ne pater filios jubeat, ut fructus in Trebellianicam imputent, fatetur SCHILTER. *Exerc. XL. th. XXIV.* & LEYSER. *d. l. med. VI.* cum iste textus de legitima,

gitima, non de Falcidia & Trebellianica loquatur.

## Aphor. XI.

SUNT VERO CASUS) Generatim quarta Trebellianica iisdem casibus cessat, quibus cessat Falcidia, hoc tamen casu addito, si heres fiduciarius adire nolit §. *VII. J. de fideic. hered. L. III. pr. ad SCtum Trebell.* Verum tamen & hoc dubium est, an heres fiduciarius amittat quartam, si inventarium facere neglexerit. Nam deest expressa lex, quam tamen in poenalibus semper desideramus, ut sic argumentum, ex NOVELL. *I. cap. II.* deductum, commode huc trahi nequeat, cum expresse ibi amissionem Falcidiæ solum heredi imminere dicatur, qui inventarium non confecit.

# Tit. XXVII.

# De fideicommissis particularibus, seu singularibus.

## Aphor. II.

ESSENTIA MANEAT DIVERSA) Sed vereor, ne alia, quam nominalis solum, vel a formula desumta remaneat differentia. In effectu enim eatenus exæquata sunt legata & fideicommissa, ut, quamvis olim legatum a legatario relinqui non posset CAJUS *Instit. Lib. II. Tit. VII. §. III.* cum iniquum videretur, id, quod alicui semel donatum esset, ipsi iterum adimere, quod secus in fideicommissis *pr. J. de singul. reb. per fideic. relict.* jure novo nec hac in re quicquam diffe-

rentiæ remaneat, sed a legatario legatum tam per verba directa, quam per verba precativa valide relinquatur.

# Tit. XXVIII.
# De Codicillis.
## Aphor. I.

SVNT VERO CODICILLI) Ita definitionem format Auctor ex suffragio Practicorum, qui hanc in *L. ult. C. de Codicill.* huic ultimæ voluntati præscriptam existimant formam, ut coram quinque testibus, quos tamen probationis solum gratia adhiberi, & sic etiam foeminas admitti dicunt, declaretur. Sed late docet BÖHMER. *Diss. de Codicill. sine testib. valid.* id ipsum ex hac lege neutiquam posse inferri. Et, si dicendum, quod res est, ipsa Codicillorum origo, quam accurate indicat *pr. J. de Codicillis*, dubitare non sinit, quin Codicilli absque omni solennitate subsistant. Erant enim epistolæ simplices ad heredem scriptæ de eo, quod heredes post mortem scribentis facere deberent. Quare non eadem solum formula, qua epistolæ concipiebantur v. c. Lucio Titio heredi salutem BRISSONIVS *de formul. cap. VIII. p. 686. sq.* sed etiam Codicillos diserte epistolas vocat *L. LXXXIX. pr. D. de Legat. II. L. XLI. §. II. D. de Legat. III.* Sigillatim vero verbis precativis utebantur scribentes, ut sic proxime ad fideicommissum accederent Codicilli. Conf. *L. XIII. §. I. D. de Jur. Codicill. L. I. §. ult. C. de Codicill.* Heredem igitur jam adesse præsupponebat

nebat Codicillus, nec ideo nova in Codicillis fieri poterat heredis institutio. Cessabat exheredatio, hereditatis ademtio, substitutio, nova conditio, verbo: In codicillo nihil mutare poterat scribens, quæ heredis institutionem respiciebant. Nec hac in re quicquam postea mutatum est, ut sic nec videatur ratione solemnitatum aliquid mutatum esse conf. *§. fin. J. de Codicill.* quamvis postea hoc admissum sit, ut nuncupative vel alia forma, vim epistolæ non habente, heredi aliquid injungeretur.

DECLARATA) Ex communi itaque opinione hanc formam desiderant Codicilli, ut I) adhibeantur quinque testes, qui tamen non debent esse rogati, nec habiles, modo in probatione fidem habeant. Quodsi tamen coram duobus vel nullis testibus testari licet, nec Codicillus solennitatem requirit. Sin præter numerum testium ordinarium unus adhuc adhibendus sit v. c. in testamento coeci, in Codicillo quoque numero quinario sextus addendus II) ut testes subscribant Codicillo scripto III) ut unitas actus observetur. Idque, ut dixi, colligunt ex *L. ult. C. de Codicill.*

## Aphor. III.

VEL TESTAMENTO) Sunt itaque Codicilli vel testamentarii, vel ab intestato, qui in effectu ita differunt, quod illi subsistant una cum testamento, hi propria auctoritate. Omnem itaque priores vim & efficaciam ex testamento habent *L. III. §. II. de jur. Codicillor. L. V. §. XIV. de his, quæ ut indign.* Et sic etiam non valebant, nisi in ipso testamento, si antea confecti, confir-

mati reperirentur, *L. V. D. de jure Codicillor.* sin postea confecti, & directo præter ea, quæ ad institutionem heredis pertinebant, aliquid disponerent, v. c. de legatis, de tutela, de libertatibus, minimum antecedenter solenni quadam formula, cujus exempla sunt in *L. LVI. pr. D. de fideic. libertat. & L. XVIII. D. de jur. Codicill.* jussi essent valere. Verum hanc confirmandi necessitatem, quod priores Codicillos attinet, sustulerunt Severus & Antoninus, eosque valere voluerunt, quousque non appareret, testatorem a priori voluntate recessisse. *§. I. J. de Codicill.* Eandemque confirmationem cessare etiam in iis, qui post testamentum conficiebantur, etiamsi directo quid in illis dispositum esset, docui in *Const. omiss. Manip. III. observ. X.*

## Aphor. IV.

Vim itaque habet) Paucis nota, clausulam codicillarem, suppositis requisitis, in Codicillo observandis, testamento adjectam, supplere defectum in solennitatibus, neutiquam vero defectum, qui ipsam voluntatem subsistere, testatorem testamentum condere, heredem ex ultimo elogio aliquod emolumentum capere prohibet. Add. Stryckium *de Cautel. testament. cap. XXIII. §. XXXI.*

Tit.

# Tit. XXIX.
# De Executoribus testamentariis.
## Aphor. I.

QVI DICVNTVR EXECVTORES TESTAMENTARII) Imo causam habent Doctores, ut executoribus testamentariis addant executores conventionales, legitimos & dativos. vid. LAVTERBACH. *Diss. de executor. ultim. voluntat.* Testamentarium Auctor describit. Conventionalis duplici ratione existere potest, vel ex promissione, vivo testatori facta, quale exemplum in *L. XII. §. XVII. & L. XIII. D. Mandati* occurrit, vel ex conventione cum heredibus, legatariis, aliisque, quorum interest, post mortem testatoris inita. Leges deinde in legata pia inspectionem concedunt Episcopo *L. XXVIII. & XLIX. C. de Episc. & Cleric.* NOVELL. *CXXXI. cap. XI.* Generatim supremum ultimarum voluntatum executorem magistratum constituunt *L. I. pr. Si quis omiss. caus. testam.* Dativum denique magistratus ipse denominat.

## Aphor. III.

OFFICIVM HVJVSMODI EXECVTORIS) Testamentarii nimirum executoris officium in genere consistit in eo, ut curet, quo ultima defuncti voluntas expleatur. *C. XIX. X. de testam.* Quare neque jurisdictionem exercere, neque litibus heredum aut legatariorum sese immiscere potest, sed rem custodit, administrat, & sententiam judicis expectat. Qui conventione constitutus est, quid possit

possit expedire, ex formula conventionis dispicere debet. Potest enim constitui ut simplex mandatarius, potest etiam eligi, ut arbiter, quo lites laudo simul finiat. A lege vocatus, ut voluntatem in uno alterove capitulo exequatur, ulterius inspectionem extendere nequit. Magistratus denique servat quidem & exequitur ultimam voluntatem, sed etiam, quod nemo alius executor facere potest, ex præsumta testatoris voluntate vel alia justa ex causa ab iis, quæ expresse constitura sunt, recedit. Conf. LEYSER. *Spec. CCCLXXIV.*

## Aphor. V.

NIHIL SVSCIPIAT) Quod intellige de casu, si plures conjunctim a testatore, per conventionem, aut a magistratu sint constituti. Nam potest etiam fieri, ut officium testamentarii & conventionalis, alterutrius & legitimi collidat. Eaque occasione, qui ab omnibus, quorum interest, constituitur, testamentario præfertur, nec hujus dissensum curat, quod ex *L. CXX. §. I. de legat. I. L. LXXXVIII. §. XIV. de legat. II. L. XI. C. de fideicommiss.* probat LEYSER. *cit. loc. medit. II. sqq.* Magistratus vero, quicquid dissentiat testamentarius vel alius executor, officio suo satisfacit.

# Tit. XXX.

# De hereditatibus ab intestato.

## Aphor. I.

QVOS LEX VOCAT) Et ita quidem vocat, ut succedant secundum iura loci, ubi hereditas sita est. Quod immobilium intuitu

tu caret difficultate. Quod ad mobilia vero, jura domicilii, quod defunctus habuit, spectanda sunt. STRYCK. *de Succession. ab intest. Diss. I. cap. IV. §. II. sq.* Idem juris est in nominibus, etiamsi extra locum domicilii contracta sint, cum mobilibus adnumerentur, & in his successio ex statutis domicilii dijudicetur, utut alibi reperiantur: CARPZOV. *P. III. Constit. XII. def. XIV.* Quod si vero defunctus forum privilegiatum habuerit, successio magis secundum jura provinciæ, quam secundum leges loci fit, ubi habitavit LEYSER. *Spec. CCCCXXI. med. VII.* nisi simul jura civitatis sit adeptus. Ita enim temperandam esse censeo istam regulam. Confer. WERNHER. *P. IV. obs. CXLII.* Si denique defunctus certo in loco sedem fortunarum non constituerit, quoad successionem in bona mobilia locum originis spectandum esse docet HARTMANN. PISTORIS *obs. LV. n. 4. & 12.*

## Aphor. II.

FISCO CEDEBAT) Late & accurate hunc ordinem succedendi antiquum prosequitur triga JCtorum CAJUS in *Instit. Lib. II. Tit. VIII.* PAULUS *Recept. Sentent. Lib. IV. Tit. VIII.* ULPIANUS *Fragment. Tit. XXVI.* horumque dogmata cum legibus Mosaicis confert AUCTOR *Collat. Leg. Mosaic. & Roman. Tit. XVI.* Res eo redit. Vocabantur primo sui, id est, omnes liberi absque distinctione sexus & gradus, qui in potestate morientis fuerant. Plane vero excludebantur emancipati, quippe extraneorum loco, postquam per eman-

emancipationem omne jus ſuitatis & agnationis amiſerant, habiti §. *III. J. de hered. qualit. & different.* Deinde vocabantur agnati, qui erant cognati per virilis ſexus perſonas cognatione teſtatori juncti, absque diſcrimine quidem ſexus, juxta proximitatem tamen gradus, & habita præprimis conſanguineorum, fratris nempe & ſororis, ratione. Quamvis ſucceſſioni agnatarum mox præjudicium inferret Lex Voconia, quæ eas generatim a ſucceſſione legitima excludebat, ut ne unica quidem filia hereditatem capere poſſet. Deficientibus agnatis vocabantur gentiles, ab agnatis ita diſtincti, ut hi peculiarem, quæ ex univerſa quadam gente derivaretur, conſtituerent familiam, illi omnes dicerentur, qui unius ejusdemque gentis, unius ejusdemque nominis, quamvis ex diverſis familiis, eſſent. Sic vero hic ſervabatur ordo, ut primo venirent agnati ejusdem ſtirpis, ejusdemque agnominis, deinde agnati ejusdem familiæ, ejusdemque cognominis, denique gentiles ejusdem nominis, ſecundum proximitatem gradus. Poſtea demum fiſcus vocabatur. Ex quo conſtat, nullam olim neque emancipatorum neque cognatorum, ſive per foeminas conjunctorum, ſive mares eſſent, ſive foeminæ, legitimam fuiſſe ſucceſſionem. Qui vero factum ſit, ut cognati per temporum intervalla ſucceſſionis fierent capaces, vide cum iis, quæ totum hoc argumentum illuſtrant in *Conſtit. omiſſ. Manip. IV. obſ. II.*

## Aphor. IV.

PATER IPSORUM) Hæc generalis regula eſt, ut

ut parentes liberos excludant in ſucceſſione majorum STRYCK. *de ſucceſſion. ab inteſtat. Diſſ. I. cap. II.* §. *XXV.* Caſus tamen quidam adſunt, ubi nepotes avo ſuccedere poſſunt, etiamſi pater eorum, tempore mortis avi, adhuc ſuperſtes ſit. Conf. COCCEJUM *de ſucceſſion. Nepot. Sect. I.* §. *VII.*

## Aphor. V.

JURE REPRAESENTATIONIS) ſive transmiſſionis & devolutæ ſucceſſionis. In linea enim deſcendente jus repræſentationis locum habet in infinitum, nec proximior remotiorem ex alia ſtirpe excludit, ſiquidem remotiores non jure ſuo, ſed jure parentum in eos translato, ſuccedunt. Indeque etiam eſt, quod non in capita ſuccedant, ſed in ſtirpes, atque portione parentibus debita contenti eſſe debeant.

## Aphor. VII.

DISTINGUENDUM EST) Paucis nota: Patri communi liberi diverſi matrimonii ſuccedunt æqualiter, proprio parenti ſinguli ſeparatim, ſi bona reſpicias, quæ pleno jure ad parentem ſpectabant, & ſic ſine dubio etiam excluſis unilateralibus ſuccedunt in iis, quæ parenti eorum obvenerunt ex bonis defuncti conjugis ex pacto, lege, ſtatuto, conſuetudine. Omnia enim, quæ parens proprio jure acquiſivit, & bonis ſuis ſemel immiſcuit, rebus ejus hereditariis recte adnumerantur. Sed e contrario nihil juris competere poteſt liberis diverſi matrimonii in bonis, quæ parenti ex priori ma-

matrimonio non proprio, ſed uſusfructus forſan jure, obvenerunt; Cum liberi prioris matrimonii in his bonis, jam ad ſe devolutivis, dominium retinuerint, nec ideo ea rebus hereditariis adnumerari poſſint. Multum tamen hoc in argumento refert, ut reſpiciamus, anne liberis diverſi matrimonii vel per pacta dotalia, vel per unionem prolium ſit proſpectum. His ipſis enim eosdem vel ad ſucceſſionem, quæ jure non debebatur, admitti, vel a ſucceſſione, quam ſperabant, excludi experientia docet.

ASSIGNATVR) Quod optimo conſilio ad evitandas inextricabiles de jure ſeparationis bonorum lites eſt conſtitutum, & aliquibus in locis eo usque extenſum, ut ne ſecundas nuptias quidem benedictione ſacerdotali perficere liceat prius, quam ſucceſſio in ordinem redacta ſit, judiciali auctoritate interveniente. Idque eum effectum habet, ut primo liberi prioris matrimonii ejus intuitu, quod ab eorum parente provenit, ſecuri præſtentur, vero deinde id, quod ab altero parente alias demum poſt mortem ejus ſperabant, quaſi per anticipationem ſucceſſionis, iis vivo parente tradatur. Sic vero ſimiles fiunt liberis ſeparatis, denen abgefundenen Kindern, quibus Hamburgenſes & Lubecenſes portionem hereditariam aſſignant, quosque hoc ipſo a futura ſucceſſione excludunt.

## Aphor. IIX.

NEC NON ADOPTIVIS) Adoptionem enim, qualiscunque ſit, jura ſucceſſionis operari, & adoptivis jus legitimorum liberorum tribuere, certo certius

certius est. Quamvis alibi jam demonstratum sit, hoc solum procedere in bonis, quæ patris dispositioni & arbitrio subsunt, & in quibus tertio nondum jus aliquod quæsitum est. Nam successio, quam pactum vel lex defert, adoptione interverti nequit. Idem juris est in legitimatis, sive matrimonio interveniente, sive Principis rescripto peracta sit legitimatio. Nam ne Princeps quidem legitimatos potest reddere capaces successionis, quam tertius ex pacto vel providentia expectat. Quæ omnia suo loco indicavimus.

## Aphor. IX.

Ex foemina honesta) Excepta matre illustri, quæ liberos legitimos habet. Nam vi *L. V. C. ad SCtum Orphitian.* mulieribus ingenuis & illustribus castitatis observatio præcipuum debitum est, & sic in illis nominari spurios satis injuriosum, satisque acerbum, & temporibus Justiniani indignum erat. Lex sane, si ulla in toto codice, ridicula. Sed veritus forsan est Justinianus, ne spurii plures hereditatem uxoris Theodoræ, foeminæ olim quovis scorto vilioris, captarent. Quare non dubitavit, quin istam legem, ipsi pudicitiæ, quam semper colendam censet, dedicaret.

Distingvendum est) Præterea vero, cum Jus Canonicum ea, quæ de naturalibus liberis disposuit Jus Romanum, ad spurios traxerit, qui tamen, tanquam sine patre nati a naturalibus, qui patrem noverunt, quam maxime sese distinguebant, & hoc loco præsupponendum est, spurios patri haud succedere posse, nisi certus ille sit,

vel dum concubitum confessus, vel dum sententia judicis pro patre spurii declaratus est. STRYCK. *de success. ab intest. Diss. I. cap. II. th. LIII.* vid. tamen quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IX. §. II.*

NEQVE PATRI NEQVE MATRI) Sive ex concubitu, quem quis cum conjugata, sive ex concubitu, quem maritus cum soluta exercuit, nati sint. Quamvis enim de ultimo casu dubitet ANTON. FABER. *in Cod. Lib. VI. Tit. XXXI. d. VIII. ob L. VI. §. I. D. ad L. Jul. de adult.* facile tamen patet, id ex principio Juris Romani, quo adulterium violatio thori conjugalis erat, derivandum esse. Nobis autem adulterium dicitur violatio fidei conjugalis, & sine dubio ab utroque conjugum committi potest. Certe, sive hunc, sive illum casum cogites, damnatus adest complexus. Ex hoc vero natos Jus Romanum novum absque distinctione a successione excludit add. STRYCK. *de success. ab intest. Diss. I. cap. II. §. LVII. & Diss. III. cap. I. §. XXXIX.* WERNHER. *P. VI. obs. CCCXVII.*

ALIMENTA TAMEN NECESSARIA) Quod, dubito, an ex Jure Romano possit defendi. Nam NOVELLA *LXXXIX. cap. ult.* & AVTHENT. *Ex complexu C. de incest. nupt.* alimenta adulterinis & incestuosis simpliciter denegant. Et quamvis non desint, qui hanc dispositionem de alimentis solum lautioribus explicent BRVNNEMANN. *ad. d. auth.* non tamen video, qui fieri potuerit, ut incestuosi sigillatim liberi ex parentum bonis alimenta naturalia caperent, cum bona ipsa incestuosorum

rum in fiscum redigerentur Auth. *Incestas C. de incest. nupt.* Imo, quod Jus Canonicum attinet, ne hoc quidem incestuosis, sed adulterinis solum in *C. V. X. de eo. qui dux. in matr.* prospicit, ut alimenta ex bonis parentum capiant. Interim, cum hodie confiscatio bonorum in prædicto casu cesset, veraque ratio præstandi alimenta hæc unica sit, ne fame pereant liberi, non inde solum infertur, naturalia sufficere alimenta, sed & per se patet, in subsidium ejusmodi liberos ex publico, exemplo aliorum pauperum, esse alendos.

## Aphor. X.

Obveniant res expeditoriae) Sunt vero res expeditoriæ, quibus defunctus olim in expeditione bellica usus est, easque Henricus Auceps iis, qui militiæ, & clypei militaris capaces erant, præcipuas esse jussit vid. Gundlingii *Diss. de Henrico Aucupe.* Quare, quod ad personas attinet, quæ in his rebus succedunt, facile patet, ingenuis solum Germanorum successionem utilem fuisse, Beyer. *Spec. Jur. German. Lib. II. cap. XIV. §. IX.* res ipsas vero si spectes, aliæ non erunt referendæ ad Heergewettam, nisi quæ militiam instruunt, quibusque miles, qui castra sequitur, carere nequit, uti sigillatim ex catalogo earum, quas recenset Jus Prov. Saxon. *Lib. I. art. XXII.* apparet. Unde recte infertur, neque cives, neque rusticos, regulariter Heergewettam relinquere, Wernher. *P. VI. Obs. CCCCXXXII.* neque clericos hujus successionis esse capaces Jus Prov. Saxon. *Lib. I. art. XXVII.* Wernher. *P. VIII. obs. CCCCII.* quamvis de civibus gravis

oriatur dubitandi ratio, cum poſt temporum intervalla & cum his jus militiæ ſit communicatum, ejusque intuitu citra ineptitudinem defendi poſſit, cives ex ipſa Henricianæ conſtitutionis intentione ad ſucceſſionem in res expeditorias admittendos eſſe, Conf. GVNDLING. *d. Diſſ.* FINCKELTHAVS *Obſerv. XXIII.* Quodſi enim huic extenſioni mutatam militiæ Germanicæ faciem, quodque in locum militis lecti ſucceſſerit mercenarius, opponere velles, id ipſum etiam obſtaret nobilibus, ne res expeditorias caperent. Deinde & id ex antiqua hujus negotii natura commode elicitur, res, quæ expeditioni bellicæ non inſerviunt, nec Heergewetticis annumerari poſſe, & ſic quoque ne uſum quidem quotidianum & defuncto proprium efficere, ut res aliqua ad illas referatur WERNHER. *P. VI. obſ. CCCCLXXVI.* Verum enim vero, ſi dicendum quod res eſt, plus hoc in argumento tribuimus conſuetudini, quam rationi diſpoſitionis. Illa vero tam varia eſt, ut fere ubique, ſive de perſonis, rerum expeditoriarum capacibus, ſive de rebus ipſis Heergewetticis judicare velimus, ad id reſpicere debeamus, quod in quolibet loco uſu veniat. Nam ne hoc quidem univerſale eſt, ut fiſcus demum, ſi nemo ex agnatis ſuperſit, Heergewettam ſibi vindicet, ſed conſuetudo iterum variat. Id tamen fateamur neceſſe eſt, I) Jus ſucceſſionis in rebus Heergewetticis, quia ex lege eſt, ultima voluntate non poſſe interverti CARPZOV. *P. III. Conſt. XXXVIII. def. XXXIV.* II) Illi tamen intra annum & diem præ-

præscribi JVS PROV. SAXON. *Lib. I. art. XXVIII.* HEIGIVS *P. I. quæst. XVI.* FINCKELTHAVS. *observ. LXXXIII.*

SEV BONA VTENSILIA) Hujus etiam successionis introducendæ peculiaris fuit ratio, quæ mutata hodie facie rerum, locum sibi haud vindicat. Nam filiabus successio in bona utensilia, quæ in ornamento & mundo muliebri consistunt, in compensationem exclusionis a successione in bonis immobilibus, cujus tamen hodie post receptionem juris Romani omnino sunt capaces, videtur concessa JVS PROV. SAXON. *Lib. I. art. XVII.* BERGER. *Diss. de legitima mariti. cap. III. §. XVII.* Hoc tamen singulare est, quod clerici filii etiam, si tempore mortis defuncti in ordine jam sint constituti, cum filiabus in gerada succedant, JVS PROV. SAXON. *Lib. I. art. V.* quod forsan eo fine factum, ut æquo animo exclusionem a successione in rebus expeditoriis ferrent. Cæterum cum sæpius ipsa bona utensilia integram hereditatis substantiam exhauriant, optimo consilio est constitutum, ut filiæ eandem imputent in legitimam, quam salvam habere debent ab intestato successuri. CONSTIT. ELECT. SAX. *XI. P. III.* add. HARTVNGII *Diss. de Comput. ger. in legitimam.* Quas autem diximus, res expeditorias non posse adimi ultima voluntate, easdemque præscriptioni annali subesse, id ad bona utensilia quoque trahamus necesse est. Nec hoc præterea omittendum, hoc in argumento denuo usum & consuetudinem ubique in subsidium esse vocandum.

Attendi debet) Res omnis huc redit, ut ad bona utensilia regulariter referantur I) mobilia solum Jvs Prov. Saxon. *L. I. art. XXXI. & Lib. III. art. LXXVI.* Res vel natura vel lege immobiles huc non pertinent *d.* Jvs Prov. *Lib. I. art. LVIII.* Jvs Weichbild. *art. XXIII.* II) istæ res debent esse ad proprium uxoris usum destinatæ, III) & ab ea titulo legitimo atque ad transferendum dominium habili acquisitæ, IV) dispositioni liberæ subjectæ, & V) ab uxore naturaliter simul possessæ Carpzov. *Lib. I. Resp. XCIV.* Coler. *P. I Decis. LX.* add. quæ de hoc argumento dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IX. §. V. sqq.* Sigillatim rerum utensilium accuratum catalogum exhibet Beyer. *Delin. Jur. Germ. Lib. II. cap. XV. §. XXIII. sqq.*

## Aphor. IX.

Ascendentes primi gradvs aeqvaliter) In successione ascendentium, quod præmonendum duxi, proximior semper excludit remotiorem, nec jus repræsentationis sibi locum vindicat. Ipsum autem modum succedendi quod attinet, pater quidem primo & mater æqualiter admittuntur, sed distinguendum tamen est peculium profectitium ab aliis filii bonis, quæ aliunde acquisivit. Peculium enim profectitium patri manet præcipuum, & in adventitio, quatenus patri de jure Romano etiam post mortem filiifamilias, quem in potestate habuerat, ususfructus debebatur, mater, reliquique omnes, qui cum patre simul admittebantur, in parte proprietatis solum succedebant.

bant. NOVELL. *CXVIII. cap. II.* Sin deficientibus primi gradus parentibus successio ad avitam lineam devolvatur, omnesque sunt in eodem gradu, eademque linea, successio fit in capita. In diversis demum lineis, si reperiantur, in lineas ita succedunt, ut dimidia pars paternæ, dimidia maternæ lineæ cedat *d.* NOVELL. *CXVIII.*

ATTENDITUR HIC, UNDE BONA PROVENERINT) De eo tamen, an hæc doctorum opinio naturæ rei, & intentioni NOVELLAE *CXVIII.* conveniat, merito dubitabis. Simulac enim bona ad filium devoluta sunt, inque ejus dominium pervenerunt, neque paterna neque materna amplius sunt, sed filio propria. Præterea, si originis bonorum hic habenda esset ratio, nescio, qui fieri posset, ut dispositio *d.* Nov. *cap. II.* quæ bona filii inter ascendentes æqualiter dividi jubet, subsisteret. Deniq;, admissa distinctione bonorum, fieri non posset, quin sæpius fundamentum successionis ascendentium ordinandæ corrueret, cum posito casu, filium bona solum paterna, & avum paternum cum matre heredes, relinquere, avus, utut remotior, excludere deberet matrem, ut proximiorem.

## Aphor. XIII.

SOLI ASCENDENTES SUCCEDUNT) Mater tamen & avia geradam habent præcipuam, eædemque ipsæ, si filia præter geradam alia bona non relinquat, patri inde debent legitimam STRYCK. *Successf. ab intest. Diss. II. cap. III. §. I. sq.*

## Aphor. XIV.

NATVRALIBVS ET LEGITIMIS SIMVL) Generatim, quousque ratio diversitatis dari non potest, successio ascendentium & descendentium est reciproca. Unde patet I) non succedere parentes liberis unitis, quia hi uniuntur eo solum fine, ut parentibus æqualiter succedant. II) Non succedere patrem adoptivum minus plene adoptatis, quia adoptio minus plena unice in favorem adoptati, ut jura successionis haberet, est inventa, III) non succedere arrogatorem filio arrogato impuberi, quia effectus arrogationis durante impubertate pendet.

## Aphor. XV.

DIFFERENTIA OMNINO SVBLATA) In successione tamen collateralium respiciendum est I) ad jus repræsentationis, quippe quod Jus Romanum in linea collaterali ita admittit, ut fratrum liberi in locum patris ascendant. Inde vero fluit, quod fratrum liberi de Jure Communi etiam defuncti patruum, quamvis in æquali gradu constitutum, excludant. Dum enim illi in locum patris præmortui ascendunt, in secundo jam constituti sunt gradu, patruus vero defuncti tertium tantum gradum occupat, & sic remotior est. Nec respectus parentelæ patruo aliquid commodi hic affert. Nam iste respectus in matrimonialibus quidem, non vero in successionibus, locum sibi vindicat. II) Duplicitas vinculi in subsidium vocanda est. Fratres enim bilaterales excludunt unilaterales, imo & hi

& hi a fratrum germanorum liberis, qui soli concurrunt invicem, excluduntur jure repræsentationis, siquidem hoc ipso, dum locum patris occupant, in pari gradu cum unilateralibus constituuntur, & ob duplicitatem vinculi unilateralibus præferuntur. Præterea, si fratrum Germanorum liberi cum fratrum unilateralium liberis concurrunt, ne opus quidem est jure repræsentationis, cum jam in pari gradu constituti, ob vinculi duplicitatem, unilateralium liberos excludant. STRYCK. *Success. ab intest. Diss. III. cap. I. §. XII. sqq.* Verum hoc repræsentationis jus, atque hæc duplicitas vinculi ultra fratres eorumque liberos ad reliquos collaterales non extenditur. Quare hic semper regula servanda, quod proximior excludat remotiorem, ipsaque successio in infinitum procedat, cum §. *fin. J. de success. cognat.* ab usu recesserit.

## Aphor. XVI.

REMOTIOREM EXCLUDIT) Et e contrario omnes collaterales, qui sunt in pari gradu, simul admittuntur, ut sic dubium non sit, quin fratrum germanorum liberi, cum fratribus unilateralibus concurrentes, æqualiter succedant CONST. ELECT. *XVIII. P. III.* quamvis Saxones præterea regulam servent: Die halbe Geburt tritt einen Grad weiter, eoque ipso fratres germani fratres unilaterales excludant *d.* CONSTIT. ELECT. *XVIII.*

MUTATUM VIDERI POSSET) Sed rationem dubitandi, de ipsa veritate, quod iste Recessus Imperii in Saxonia exulet, non video, siquidem certo certius est, Georgium, Ducem Saxoniæ juris

domeſtici obſervantiam, interpoſita proteſtatione, contra legem Imperii conſervaſſe, quod ne ipſe quidem Receſſus Imperii ſilet. Ut mirum ſit, CARPZOVIUM *P. III. Conſt. XVIII. def. II. n. 10.* de re indubitata dubitaſſe. add. BERLICH. *P. III. Concl. XXIV. n. 17.* COLER. *Deciſ. LXXXIV. n. 9.*

## Aphor. XIX.

ITA, UT IN BONIS) Quem ſucceſſionis ordinem in præſumta parentum voluntate collocare ſolent, cum eos voluiſſe probabile ſit, bona a ſe profecta ad eos magis liberos, quos generarunt, quam privignos, pervenire. Verum in Saxonia Elect. hæc bonorum diverſitas non attenditur. CONST. ELECT. *XIV. P. III.*

## Aphor. XXIII.

IDEM JUS EST) Generatim de legitimatis (iis exceptis, qui per ſubſequens matrimonium legitimantur, quippe in quibus duplicitas vinculi adeſt) de perfecte adoptatis (nam minus plene adoptatis non ſucceditur, quia fundamentum ſucceſſionis eſt patria poteſtas) & de illegitimis (quatenus ex damnato concubitu non ſunt nati) notandum eſt, cenſeri eos unilateralium jure, ut ſic, quæ in ſucceſſione bilateralium & unilateralium reciproca obtinent, huc etiam applicari debeant.

## Aphor. XXV.

RES EXPEDITORIAS) Unde regula naſcitur generalis, juri res expeditorias occupandi, fiſco in ſubſidium competenti, prius locum non eſſe, quam maſculus agnatus deficiat.

GERA-

GERADAM PRAECIPVAM HABENT) Quæ sigillatim vocatur, die Nifftelgerade, a qua die volle Gerade, quæ uxori, & filiis debetur, quam maxime differt. Quid ad utramque referatur, ut dixi, exposuit BEYER. *Jur. German. Lib. II. cap. XV. §. XXIII. sqq.* Conferri etiam meretur Responsum Facultatis Juridicæ Vitteberg. quod extat apud WERNHER. *P. V. obs. CCXXXVI. & Supplem. Vol. VII. p. 647.* Quodsi vero cognata geradam sibi vindicat, marito defunctæ uxoris debet inde ein gemacht Bette mit Vorhängen, einen Tisch mit einem Tischtuche, eine Banck mit einem Pfühle, einen Stuhl mit einem Küssen, vid. *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IX. §. V.*

ALIQVAS RES RETINET) Imo nonnunquam peculiari statuto cognatas excludit. Sic Lipsiæ & Wittebergæ maritus geradam capit, & cognatis quasdam res inde solum debet BERGER. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV. §. XI.* Alia hujus generis statuta citat BEYER. *Jur. Germ. Lib. II. cap. XV. §. XLVII.* Dresdæ quoque statutum est, quod omnes filios civici ordinis, si filia desit, capaces reddit successionis geradicæ. IDEM *d. l.* §. *XLVIII.* add. WERNHER. *P. I. obs. CXLIV.* Quo ipso veritas ista satis superque comprobatur, in definienda successione geradica unice ad usum & consuetudinem esse respiciendum.

## Aphor. XXVI.

ADMITTVNTVR QVOQVE CONJVGES) Olim non admittebantur, nisi deficientibus cognatis

tis, ex Edicto Prætoris unde vir & uxor, ejus vero beneficio integram capiebant hereditatem atque fiscum excludebant *L. unic. D. unde vir & uxor.* modo agnoscerent bonorum possessionem intra legitimum tempus, & matrimonium tempore mortis conjugis adhuc subsisteret. Nam divortio facto, successio quoque deficiebat. STRYCK. *de success. ab intest. Diss. IV. cap. I. §. VI. sqq.* In omnia alia ivit Jus novum, & conjuges, adhibito quodam temperamento, de quo Auctor, admisit cum cognatis, conjugi tamen simul onus imposuit, ut, quæ alias ipsi in testamento defuncti conjugis relicta essent emolumenta, in portionem suam imputaret NOVELL. *LIII. cap. VI.* NOVELL. *CXVII. cap. V.* Non tamen ideo successio Prætoria videtur sublata. Nam si conjux, deficientibus cognatis, ad successionem adspirat, merito alio remedio deficiente refugium in Edicto Prætoris quæret. WERNHER. *P. II. obs. CCCCLXXXV.*

LABORET INOPIA) Quænam autem hic desideretur inopia, inter Doctores non convenit. Non absque ratione tamen putat LEYSER. *Spec. CCCCXXIV. med. I. sqq.* ad id respiciendum esse, utrum conjux se de suo honeste, hoc est, dignitati suæ & vitæ consuetudini convenienter, possit sustentare.

USVMFRVCTVM TANTVM) quatenus concurrit cum liberis, quos ex defuncto habet. Sin liberi communes non adsint, & conjux cum privignis concurrat, rationi NOVELL. *CXVII.* convenit, ut pleno jure succedat. add. LEYSER. *d. l. med. VIII. sqq.*

Aph.

## Aphor. XXVII.

CONSCENSIONEM THALAMI) Quod intellige de casu, quando cum cognatis concurrit. Sin deficientibus cognatis cum fisco, ad hujus exclusionem sufficit matrimonium consensu puro esse celebratum. Nam hoc in casu successio ex Jure Civili unice est æstimanda, quod conscensionis thalami necessitatem, quæ ex jure Germanico est, plane nescit WERNHER. *P. III. obs. XXXIII.*

OMNIA MOBILIA) Salva tamen liberorum legitima CARPZOV. *P. III. Const. XXIII. def. XVIII.* Idem juris est, si cum parentibus concurrat. Quod tamen ad collaterales neutiquam est extendendum, cum iis ne jure Communi quidem legitima debeatur, nisi turpis vel infamis persona ipsis prælata sit. Interim tamen non collaterales solum, sed & reliqui heredes omnes ab intestato, maritum a successione illa legali excludent, si adulterium commiserit, modo tamen pars innocens conquesta sit de adulterio, dum in vivis erat. Morte ejus enim interveniente omnis actio, quia ad vindictam tendit, exspirat, add. WERNHER. *P. IV. obs. CCVIII.* Cæterum non incongrue quæritur, anne conjux ex statuto succedens pro herede haberi & onera hereditaria simul ferre debeat. Negant Vitembergenses apud WERNHER. *P. I. obs. CCCXX.* Affirmant Lipsienses teste EODEM *n. 5.* Mediam viam sectatur LEYSER. *Spec. CCCCXXV. med. I.* & conjugem, cui pars hereditatis quota ex statuto obvenit, oneribus hereditatis subjicit, eam vero, cui res singularis assignatur,

tur, pro legatario magis habet. Cui judicio & meam ſententiam adſcribo.

OBVENIT MARITO) Tres de hoc argumento, an maritus in ſubſidium, ſi mobilia deſint, quartam partem ex immobilibus uxoris bonis capiat, Doctorum ſententias commemorat BERGER. *in Reſol. Lauterbachian. p. m. 594.* Prima eſt CARPZOVII qui *P. III. Conſt. XXII. def. XXIV.* maritum plane repellit. Altera eſt BERLICHII, qui aliorum auctoritate ſtipatus in *P. III. Concl. XXIX. n. 69.* maritum inopem admittit, cui accedit WERNHER. *P. III. obſ. XXX.* remque ob ſilentium legum patriarum ex Jure Romano conficiendam putat. Tertia eſt RICHTERI & STRUVII, ex quibus ille in *tr. de Succeſſ. ab inteſt. Sect. IV. membr. II. n. 57.* hic vero in *Syntagm. Jur. Civil. Exerc. XXXVIII. th. XL.* maritum indiſtincte quartam habere debere ſalvam adſtruit. Hancque ſententiam & BERGERUS quoque ſigillatim in *Diſſ. de legitima mariti Cap. III. th. VI. ſqq.* defendit, nec ſilere poſſum, eandem ipſam JCtos Jenenſes conſtanti adhuc uſu ſervare, ſæpiusque in hunc modum, me interprete, reſpondiſſe. Nec immerito. Jus enim Romanum in hac lite dirimenda parum utilitatis habebit, ſed omnis conjugum reciproca ſucceſſio ex communione bonorum inter conjuges apud nos eſt reſidua, & certe nulla ſufficiens ratio dari poteſt, cur non idem jus concedendum ſit marito, uxoris heredi ſtatutario, quod uxori in bonis mariti defuncti non denegamus. Uxorem vero portionem ſuam indiſtincte ſalvam

salvam habere debere, res tritissima est. Cæterum, quæ hereditati mobiliari imputentur, dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IX. §. XII.*

## Aphor. XXVIII.

ILLATA CONFERRE) Igitur Saxones uxorem, quæ in portione statutaria succedere cupit, oneri, propria etiam bona conferendi, subjiciunt. Sed jus Commune collationis onus, quod res uxoris proprias attinet, ignorat. Nam NOVELL. *LIII. cap. VI.* id solum jubet, ut conjux, quæ legati titulo accepit, ex testamento, in portionem legalem imputet. Quare, ubi lege vel statuto collationis onus non est injunctum, conjux portionem sine dubio absque tali onere accipit ZIEGLER *Diss. de success. conjug. statut.* §. *XXVI. sqq. & quæst. V.* Imposita vero conferendi necessitate maritus quoque, qui portionem sibi vindicat, conferre debebit, quæ sua sunt, quod ratio correlatorum præcipit CARPZOV. *P. III. Const. XX. def. XXVII.* BERGER. *Resol. Lauterbach. p. m. 584.* WERNHER. *P. VII. obs. CX.* In quem modum quoque JCti Jenenses pronunciare solent.

## Aphor. XXIX.

MORGENGABE) Duplex Saxonibus cognita est Morgengaba. Altera est sponsalitia largitas, vel potius pretium delibatæ virginitatis, quod Neomaritus uxori post primum concubitum exsolvere solet, JUS PROVINC. SAXON. *Lib. I. art. XX.* & WEICHBILD. *art. XXII. ibique Glossatores.* add. BEYER. *Jur. German. Lib. II. cap. XVI.*

*XVI.* §. *XIV.* Langkischii *Diss. de Morgengaba Zittaviensi.* Verum hæc Morgengaba non est hujus loci, utut Auctor eam cum altera, de qua hic sermo est, confundere videatur. Hic Morgengaba complectitur omnis generis pecudes femellas, quæ viduæ nobili ex bonis defuncti sunt præcipuæ, vid. Carpzov. *P. III. Const. XXXIII. Def. XX.* add. Jus Prov. Saxon. *Lib. I. art. XXIV.* & quæ addidit Struv. *ad Anton. Matth. de Successión. pag. 412.*

Mvsstheil) Quod complectitur omnis generis esculenta, quæ tempore mortis mariti in ejus domo & cellis adsunt, & intra tricesimum post diem mortis non consumuntur Jus Prov. Saxon. *Lib. I. art. XXIV.* Const. Elect. *XXXVI. P. III.* Igitur sub iis non comprehenduntur, quæ tempore mortis nondum collecta erant, utut intra trigesimum nascantur. Sigillatim, quid ad cibaria referatur, exponit Beyer. *Jur. German. Lib. II. cap. XVII.* Hoc singulare est, quod vidua dimidiam solum cibariorum partem capiat, altera dimidia heredibus maneat. Quapropter nec integrum est viduæ, citra heredum consensum de his cibariis statuere. Constit. Elect. *XXXV. P. III.* add. *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IX.* §. *XIII.* In definiendis vero iis, quæ ad comestibilia pertinent, eo respiciendum est, an usui domus & familiæ inserviant, vid. Carpzov. *P. III. Const. XXXV. def. I.* ut sic quoque ne præcise quidem requiratur, comestibilia in domo mariti esse reposita, sed & perinde

sit,

ſit, quando alio in loco aſſervantur WERNHER. *P. III. obſ. CCXXI.*

CONTENTA ERIT) Non tamen ideo ceſſat jus petendi morgengabam & comeſtibilia, cum hæc omnia ſatis ab invicem diſtincta ſint, nec alterum ab altero dependeat, CARPZOV. *Lib. VI. Reſp. LVIII. in fin.* VVERNHER. *P. VIII. Obſerv. CCCCXVIII.*

DONORVM NVPTIALIVM) De his ſic tene, quod regulariter marito, ut heredi mobiliari, cedant, quousque qualitatem geradicam non habent, cum hoc in caſu filiabus vel cognatis debeantur. Sin maritus uxore ſuperſtite moriatur, de donis nuptialibus, quæ ſuperſunt, uxori dimidia debetur. Sunt tamen & hic attendenda ſtatuta & conſuetudines. Præterea etiam, conventione interveniente, donis nuptialibus qualitas rerum dotalium conciliari poteſt. add. *Introd. ad Jus Saxon. P. I. Ex. IV. §. XXXII.*

## Aphor. XXXII.

NEC VXOR SVPERSIT) Nec etiam ex ſpeciali juris diſpoſitione quis in ſubſidium ad ſucceſſionem vocetur. Sic fiſcum excludit nonnunquam Collegium, cujus membrum defunctus fuit, *L. I. ſqq. C. de hered. decurion.* Eccleſia, quando parochus absque heredibus decedit *L. XX. C. de Epiſc. & Cleric.* Alia exempla vide in *L. un. C. ſi liberal. imper. ſoc.* NOVELL. *CXV. cap. III. §. XII.*

FISCO) De eo quidem, quod in Saxonia, & ſecundum alia provinciarum particularia jura, ma-

giſtratibus, qui mero gaudent imperio, jus fiſci, & per conſequentiam jus occupandi hereditatem vacantem competat, nemo dubitat; quod in compenſationem oneris, cum exercitio jurisdictionis criminalis conjuncti, conceſſum videtur. Verum nec hoc dubium eſt, quin ejusmodi magiſtratus in Saxonia hereditatem jure retorſionis ſibi vindicare poſſit. BERGERUS enim, qui in *Oec. Jur. p.m.474.* Principi ſolum jus per retorſionem retinendi hereditatem tribuit, contra expreſſam legem in CONSTIT. ELECT. *XXXVIII. Part. III.* ſententiam dicit, quamvis alias, ne quid diſſimulemus, jus retorſionis ad jura ſubditorum neutiquam pertineat.

CEDIT) Et quidem cum onere ſubeundi obligationes hereditarias, cum hoc jus devolutionis titulum univerſalem conſtituat. STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſp. V. cap. I. §. XLVII.* add. THOMASII *Diſſ. de præcip. mod. acquir. fiſco competent.*

# Tit. XXXI.
## De Bonorum Poſſeſſionibus.
### Aphor. I.

VETERIS JURIS CIVILIS GRATIA) Prætores itaque, qui id ſibi commiſſum putabant, ut ſtricti juris duritiem æquitate temperarent, huic inſtituto id optime convenire exiſtimabant, ut, quam directo emendare vix poſſent legum civilium diſpoſitionem, callide tamen everterent, ſub prætextu æquitatis. Quem in finem eos fictionibus, exceptionibus & reſtitutionibus in inte-

integrum usos esse, alibi diximus. Accessit his omnibus consilium, novum negotio ad destruendum vigorem legum apto tribuendi nomen. Cumque Jus Civile partim successionem ab intestato nimium quantum restringeret, testamentariam partim miris solennitatibus circumscriberet, & sæpissime testamentorum etiam jure factorum validitatem, superveniente, vel in testatore vel in herede, juris impedimento, infirmatam, restituendi remedia sileret, nec tamen prætor heredem, qui ipso jure talis non erat, facere posset, bonorum possessionem magis illi, cui æquitas assistebat, tribuere, quam eum, qui ob strictum jus hereditatem dimittere cogebatur, omni emolumento privare voluit. Hoc ipso vero effecit, ut, concessa bonorum, a defuncto relictorum, possessione, possessor ipse pro justo interim possessore hereditatis haberetur, auctoritate Prætoris suffultus *L. XI. de acquir. vel omittend. possess.* accedente vero deinde usucapione, dominium omnium rerum, ipsumque jus verum hereditarium acquireret. MERILLIUS *ad Instit. tit. de bonor. possess. §. III.* Quem itaque Prætor heredem se facere non posse simulabat, re ipsa heredem fecit. Atque in effectu inter bonorum possessionem & hereditarium jus nil interest, cum & heres & bonorum possessor deberet voluntatem succedendi declarare, uterque etiam personam defuncti sustineret, & onera hereditaria ferret. Hoc solum singulare est, quod bonorum possessionem intra statuta tempora petere deberet, qui eam agnosceret, & Prætor prius nonnunquam causam summarie cognosceret.

 BONO-

BONORUM ITAQUE POSSESSIO EST JUS) Igitur non actualem rei detentionem, sed jus possidendi denotat, ut quis esse possit bonorum possessor, etiamsi res hereditarias non possideret. Quo nomine distinguenda venit a possessione rerum. Hæc enim facti, illa juris, hæc actualis est, illa mentalis. Imo & bonorum possessio subtili ratione distinguenda venit a possessione bonorum. Illa enim hereditatem indicat beneficio Prætoris oblatam, hæc missionem in bona debitoris a Prætore factam involvit.

## Aphor. II.

IN EDICTALEM ET DECRETALEM) Plures inter utramque speciem Doctores cumulare solent differentias. Rem tamen omnem feliciter confici posse, existimo, modo pro certo habeamus, Edictalem ex certa Prætoris Edicti parte stabili & perpetuo jure deferri ad imitationem successionis legitimæ juris Civilis, eoque effectu, quo ipsa defertur hereditas civilis. Sic v. c. tam firmo jure emancipatus parentibus jure Prætorio, quam liberi sui ex lege iisdem succedunt. Decretalis vero præsupponit legitimum adesse contradictorem, contra quem Prætor ad successionem vocatum, prævia causæ cognitione, tamdiu tuetur in possessione, donec legitimus contradictor jus suum deduxerit ad liquidum. Cæterum utraque est vel testamentaria, vel ab intestato. Illa vel datur secundum tabulas testamenti, & jus civile confirmat, vel conceditur contra tabulas, estque juris antiqui correctoria. Hæc prospicit ab intestato successuris,

ris, quibus impedimentum aliquod juris obest, ne capiant hereditatem. Porro utraque & edictalis & decretalis datur vel cum re vel sine re. Illa locum habet, quando nemo contradicit, ipsiusque juris hereditarii bonorum possessorem ita participem reddit, ut sine ullo obstaculo jure fruatur suo. Hæc adhibetur, quando adest, qui hereditatem jure possideri posse negat, atque ideo possessionem solum, id est, jus sine exercitio, eventualiter concedit. Verum nec hoc silentio prætereundum est, edictalem bonorum possessionem sigillatim vel ordinariam esse vel extraordinariam. Illa Prætorem auctorem habet, hæc ex constitutionibus novis Imperatorum dependet, qui, ne leges antiquas directo mutare velle viderentur, bonorum magis possessionem, quam hereditatem, concedere volebant, eamque Prætor edicto postea confirmavit. Et sic in effectu inter utramque nil interest. Occurrit exemplum extraordinariæ bonorum possessionis in *L. ult. C. de Curat. furios. in L. ult. C. unde liberi.* Pertinet huc etiam successio, quæ ex singulari legis dispositione Collegio Decurionum, naviculariorum, cohortalium militum, fabricensium defertur.

## Aphor. III.

NON FACILE VSV OBTINET) Illæ nempe bonorum possessiones, quæ introductæ sunt juris Civilis supplendi causa, quæque ab intestato successuris, quos lex non vocabat v. c. liberis emancipatis, cognatis, prospiciebant, vel ideo cessant, quia istæ personæ jure proprio ex dispositione No-

vellarum succedunt. Et sic etiam non multum operabitur bonorum possessio contra tabulas, quæ, emancipatis præteritis, jus contra testamentum petendi bonorum possessionem dabat. Ex jure novo enim emancipatus testamentum, in quo præteritus est, jure suo impugnat. Hoc tamen forsan utilitatem præstabit, quod filius institutus ex persona fratris præteriti, qui in præteritionem consentiit, possit impugnare testamentum, in quo coheres extraneus simul scriptus est ***L. III §. XI. L. ult. D. de bonor. possess. contr. tabul.*** Usum etiam præstabit bonorum possessio juris Civilis confirmatoria, quamvis enim & liberi, & cognati, & agnati jam jure Civili vocentur, facilior tamen ipsis per remedium possessorium quorum bonorum hereditatem occupandi conceditur via. Usum habebit bonorum possessio, in eorum gratiam inventa, qui ab intestato quidem succedere possent, sed ob impedimentum juris excluduntur. Utilitatem præstabit bonorum possessio secundum tabulas, si jure stricto testamentum ob superveniens vitium in persona testatoris vel heredis, aliaque ratione irritum fit, tempore tamen mortis testatoris vitium illud iterum cessavit, v. c. si posthumus præteritus ante patrem iterum moriatur. vid. STRYCK. *de success. ab intestat. Diss. IX. cap. IV.* ubi hunc aliosque casus plenissime illustrat. Nec usus adimendus est bonorum possessioni extraordinariæ. Imo & ipsa illa bonorum possessio, quæ Jus Civile supplet, omnibus iis in casibus locum habebit, de quibus ordinandis Jus Novum non cogita-

gita-

gitavit, v. c. si conjuges, deficientibus cognatis, succedere volunt. Ut sic satis superque constet, hoc juris argumentum sicco pede non esse transeundum, iisque tuto fidem haberi non posse, qui, omnem bonorum possessionem post Novellarum Jus ab usu recessisse, sibi erronee persuadent.

## Aphor. IV.

CAUSAE COGNITIONE) Ipsa hæc decretalis bonorum possessio ob favorem nascituri, quem Romani in favorabilibus pro nato habebant, est introducta. Quam regulam cum & hodie servemus, dubium non est, quin & ipsa hæc bonorum possessio sibi locum vindicet. Primario usum habere potest in causis, ubi de successione feudali agitur, ut & de successionibus in territorio. Quo major vero suspicio adest, posse viduam hoc beneficio abuti, eo majori præcautione & circumspectione leges existimarunt procedendum esse, ne vel vidua justo citius mittatur, vel partum supponat. Magistratus itaque cognoscit primo de ipsa veritate graviditatis, eoque nomine inspectio ventris prius præcedit, peragenda ab artis peritis, in quibus eligendis & eos audire fas est, quorum maxime interest *L. I. §. X. de ventr. inspic.* Deinde etiam, ne vidua partum alienum subjiciat, istæ quoque præcautiones adhibendæ sunt, quas tempore partus observandas esse jubet *d. L. I. §. X. Eod.* Nec dici potest, hæc hodie locum non habere, cum certe, an vidua nobilis prægnans sit, successorum feudalium scire maximopere intersit. Ipsasque illas præcautiones, quæ allegato loco occurrunt, &

& ſana ratio & æquitas commendat. Vid. Hahn. *ad Weſenbec. tit. de ventr. inſpic.* Schilter. *Exerc. XXXVI. th. CXXV.* Beyer. *ad tit. D. de ventr. inſpiciend.*

Abortum mulier fecerit) Quo in caſu res quidem poſſeſſæ reſtituendæ ſunt proximis heredibus; Quia tamen mulieri hic nihil imputari poteſt, ad alimenta, quæ per hoc tempus bona fide percepit, reſtituenda non obligatur, *L. III. D. de ventr. in poſſeſſ. mittend. L. V. §. III. D. de Carbon. Edict.* Quod ſecus eſt, ſi appareat poſtea, eam non eſſe prægnantem. Siquidem tum non exmittitur ſolum, ſed & omnes interim perceptos fructus cum ſumtibus reſtituit, *L. I. §. IV. ſqq. ſi mul. ventr. nomin.* ipſaque actio contra viduam famoſa eſt. *L. XV. & XVI. D. de his, qui notant. infam.* Imo & integrum eſt iis, quorum intereſt, eo nomine cautionem a vidua exigere *L. I. pr. Si ventr. nomin. mulier. in poſſ.* Quodſi tamen bona fide mulier ſe crediderit prægnantem, idque ipſum per juramentum aſſerere poſſit, nemlich, daß ſie nicht anders gewuſt und geglaubet, als daß ſie ſchwanger ſey, mithin ſolche Schwangerſchafft nicht gefährlicher weiſe vorgegeben habe, iſta non ſolum actio ceſſat, ſed mulier ne alimenta quidem reſtituit *L. I. §. VII. D. ſi mulier ventr. nomin.*

## Aphor. VI.

Mittitur in possessionem) Et quidem ex Edicto Carboniano. Quod tamen præſupponit, pupillum probabiliter ſaltem & præſumtive

tive probare posse, se esse legitimum STRYCK. *de success. ab intest. Diss. IX. cap. VII.* §. *XVI.* Facile vero hanc missionem obtinebit, si, justas nuptias patrem cum matre celebrasse, demonstrare queat, cum exinde præsumtio pro legitima nativitate oriatur. Sic vero quæstio status, ut altioris indaginis, in petitorio pertractanda est, ad annos pubertatis ideo differendo, quia impubes filius legitimam in judicio standi personam non habet. Imo, ipso petitorio instituto, pupillus, præsumtione, quam allegavimus, munitus, partes rei sustinebit, onere probandi illegitimam nativitatem in adversarium translato *L. VI.* §. *VI. de Carbonian. Edict.*

IN TEMPVS PVBERTATIS) Quod tamen fieri solum debet, si causa admodum dubia sit. Sin probationes pupillo in promtu sint, quibus, calumniose sibi status quæstionem moveri, demonstrare possit, quæstio status, cujus discussio, in longius tempus dilata, illi noxia foret, statim est dirimenda *L. III.* §. *V. de Carbon. Edict.*

## Tit. XXXII.

## De divisione hereditatis & collatione bonorum.

### Aphor. II.

ÆQVALES PARTES CONSTITVVNTVR) Et sic etiam, si ex inæquali divisione quis læsus sit, hæc læsio erit reparanda, etiamsi per sortem contigerit STRYCK. *de Cantel. Contr. Sect. III. cap. IV.* §. *XVI.* Sed juvat divisionem, judiciali

auctoritate peractam, ab extrajudiciali distinguere. In illo casu cessat restitutio ob læsionem *L. XXXVI. d. Famil. bercisc.* CARPZOV. *P. II. Const. XXIV. def. IV.* In hoc læsio etiam minima reparatur, si in rebus ipsis dividendis contigerit. Sin in æstimatione rerum, læsio ultra dimidium adesse debet. Rem perspicue loquitur BÖHMER. *Jur. Digest. ad tit. famil. ercisc.* Non tamen ideo divisio rescinditur, sed corrigitur solum *L. III. C. Commun. utriusque judic. L. XXXV. de minorib.*

MINOR VERO ELIGERE ET OPTARE) Quod jus optandi vocant das Kühr-Recht. Sat antiquum hoc jus est, & in Jure Canonico *cap. I. X. de paroch.* fundatum. Imo jam Patres olim hunc commendarunt dividendi modum, vid. AMBROSIUM *L. I. de Abrahamo cap. III.* AUGUSTINUM *de Civitate Dei Lib. XVI. cap. XX.* Non tamen facile hoc optandi jus universale in Germania dixeris cum GAILIO *L. II. Obs. CXVI. n. 17.* & WEHNERO *in observ. Pract. verbo* Theilungs-Kühre. Plura enim Germaniæ loca citat LEYSER. *Spec. CXV. med. VI.* quæ jus optionis ignorant. Consuetudine itaque innititur, quod probat BEYER. *in Diss. Major dividit, minor eligit.* Quæ ab eo, qui jus optionis prætendit, probanda est. Nec dubium oritur, quin pater nihilosecius hoc jus prohibere possit. BEYER. *d. l. cap. IV. §. II.* & *Jur. German. Lib. II. cap. XIII.* Quod Saxoniam attinet, ibi hoc jus omnino viget, & publica lege approbatum est. Non ta-

tamen ita obtinet, ut majores eo usi sunt. Nam licet ex Jur. Prov. Saxon. *Lib. III. art. XXIX.* juncto Specul. Svevic. *cap. CCLXVI.* & Jur. Weichbild. *art. XXVI.* satis appareat, nihil interesse, sive duo, sive tres, aut plures, adsint coheredes ab intestato (in successionibus enim testamentariis locum non habet, Wernher. *P. IX. obs. CCXXXIX.*) Elector tamen Saxo in Const. Elect. *XV. P. III.* id ipsum jus sub his conditionibus solum admittit, ut I) locum habeat, si duo coheredes ab intestato adsint, II) jus transmissionis ad heredes cesset, III) concurrente masculo cum foemina, hæc indistincte cum Curatore dividat, masculus eligat. add. *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Exerc. IX. §. XXII.*

## Aphor. III.

Divisionem non recipiat) Generatim notandum, in hereditate occurrere posse. I) Res, quæ in hereditate quidem reperiuntur, sed ad hereditatem non pertinent. Hæ non dividendæ, sed domino suo restituendæ sunt. II) Res, quæ per se jam & ipso jure divisæ sunt, & sic divisione non indigent, quorsum spectant nomina *L. II. §. V. L. IV. pr. D. & L. VI. C. famil. ercisc.* Cum tamen & solutio & exactio partium sua habeat incommoda, judex etiam officium suum interponere, & credita atque debita singulis pro solido adjudicare potest. Ut autem, cui nomina activa sunt assignata, partim suo, partim coheredum nomine, ut cessionarius, agere debet, ita

ita creditoribus, quando alter coheredum nomina passiva in se recepit, hoc non est damno, cum pactis debitorum jus creditoris non possit imminui. Recte igitur, quousque novatio non intervenit, contra omnes coheredes agunt pro rata STRYCK. *Caut. Contr. Sect. III. cap. IV. n. V.* III) Res, quae divisionem non recipiunt, quorsum pertinent jura individua. Accrescunt tamen, si praedio cohaereant, illi, qui per divisionem praedii dominus fit. Pertinent huc etiam instrumenta. Haec enim custodienda accipit superior prae inferiore, senior prae juniore, mas prae foemina. Sin omnes coheredes aequales sunt, vel communi suffragio, vel sorte, eligendus est, qui custodiat. FRANZKIUS *ad tit. famil. hercisc. n. 22.* add. LEYSER. *Spec. CXVI. med. IX. sqq.* Optimum tamen erit consilium, ut in loco judicii deponantur MEVIUS *P. V. Decis. CCCXXX.* add. *L. IV. §. III. L. V. D. famil. hercisc.* IV) Res, quae dividi non debent, ob legem prohibitivam, quorsum pertinent venena, libri magici, & similia, quae non dividenda, sed corrumpenda esse habetur in *L. IV. §. I. famil. hercisc.* Verum hic, credo, primario respiciendum esse, anne metus adsit, ne ad malum finem adhibeantur. V) Res, quae naturaliter quidem individuae sunt, & sine detrimento atque imminutione aestimationis in partes dispesci nequeunt, civiliter tamen divisionem recipiunt. Et in his, nisi communes magis conservare, fructusque inde provenientes distribuere inter se velint coheredes, notanda est regula, quod vel, taxatione praevia, uni

uni ex coheredibus, ex communi reliquorum suffragio, adjudicandæ, vel, si dissentiant in pretio, plus licitanti attribuendæ, *L. I. C. Commun. utriusque judicii*, vel, si uterque coheres licitans idem pretium offerat, sorte adhibita, in unum transferendæ, *L. II. pr. C. quand. & quib. quart. pars L. V. D. famil. hercisc.* vel denique, si res exitum nulla ratione haberi possit, a judice in unius personam conferendæ sint. *L. LV. D. Famil. herciscund.* ita quidem, ut ubique reliquis coheredibus pretium pro rata persolvatur. Multum tamen interest, utrum licitatio ex heredum consensu, an iis dissentientibus, adhibeatur. Ibi enim solemnia, quæ in subhastationibus communiter requiruntur, tam accurate non observantur, Philippi *de subhastation. cap. III. comm. I. n. 17.* nec extraneus facile admittitur. Hic vero omnia legitime fiant, necesse est. Cæterum, ubi res inter solos coheredes agitur, in adjudicandis rebus ratio habetur ejus, ad quem jam major pars alicujus rei pertinet Lauterbach. *Colleg. Theor. Pract. tit. commun. divid.* §. *XV.* Brunnemann. *ad L. XXXIV. §. II. C. de donat.* imo & præfertur ille, a cujus majoribus prædium est profectum *L. XXII. C. de administr. tutor. L. XXXV. de minor.* Sic & liberi in retinendis rebus hereditariis paternis potiores sunt, si divisio inter eos & viduam peragatur. Schilter. *Ex. XX. th. LXXXIII.* Brunnemann. *ad L. XVI. D. de reb. auctor. judic. n. 5.* Stryck. *de success. ab intest. Diss. IV. cap. III. §. XXXVIII.* Denique cohe-

coheredes, qui coheredi rem hereditariam addicunt, æstimatione interveniente, reipsa venditionem celebrant *L. I. C. commun. utriusque judic. L. III. C. commun. divid.* Sic vero coheres coheredi ad evictionem præstandam obligatur. *L. XXV. §. XXI. famil. ercisc. L. LXVI. §. ult. de evict.* Idque etiam fieri debet, quando pater bona sua inter liberos dividit. *L. LXXVII. §. VIII. de Legat. II.* Stryck. *Us. Mod. Digest. tit. famil. hercisc. §. IX.* Quodsi vero testator extraneis heredibus assignavit certam rem, cessat evictionis præstatio, vid. tamen *§. IV. J. de Legat. L. X. C. Eod.*

## Aphor. IV.

Tantum in hereditatis divisione detrahatur) Prima occasio heredes obligandi ad collationem, ab illis temporibus derivanda est, ubi Prætor emancipatos, qui olim pro extraneis plane heredibus habebantur, ad successionem in bonis paternis vocabat. Nam, cum ea inter liberos, qui in potestate manserant, & emancipatos, intercederet differentia, ut illi omnia patri, hi omnia sibi, acquirerent, æquum videbatur Prætori, ut emancipati, ad successionem admissi, & emolumenti, quod liberi sui per acquæstum paternæ hereditati attulerant, participes facti, ea etiam conferrent, quæ ipsi acquisivissent sibi solis. Atque ideo bona quoque adventitia emancipatorum collationis oneri suberant. *L. I. pr. D. de collat.* Huber. *Prælect. ad d. titul. §. II.* Ipsa ratio collationis desumebatur a naturali æquitate, quæ æqualitatem inter liberos suadebat. Quamvis vero post tem-

temporum intervalla adventitiorum collatio desierit *L. XXI. C. de collat.* cum & sui liberi ejusmodi bonorum proprietatem sibi acquirerent, salvo solum patri usufructu §. *I. J. per quas person.* ea vero ratione omnia bona, quæ liberis tam emancipatis, quam suis, propria essent, a collationis onere eximerentur; Ipsa tamen ratio collationis, ut æqualitas inter liberos conservaretur, *L. XVII. C. de Collat.* effecit, ut generaliter onus conferendi ad omnia illa applicaretur bona, quæ liberi, vel sui, vel emancipati, vivis parentibus, ex re parentum, acquisivissent.

## Aphor. V.

PATERNAM HEREDITATEM REPUDIAVERINT) Posse nepotes ex beneficio Prætoris paterna hereditate abstinere, & solius avi hereditatem amplecti, dubio non subest, ob *L. ult. C. unde liber.* vid. COCCEJUM *De success. nepot. Sect. III. §. fin.* Inde vero facile infertur, nepotes avi hereditatem, non ex persona patris, quippe quem non repræsentant, cum ex ejus persona non succedant, sed jure proprio acquirere. Et sic quoque apparet, eos ad conferenda ea, quæ pater eorum ab avo accepit, non esse obligatos, nisi quatenus ad ipsos jam aliquid pervenit, ex iis, quæ pater eorum conferre debebat, iique inde locupletiores facti sunt. Erronea igitur est distinctio, in Praxi recepta, quod in casu allegato nepotes patris conferenda conferre non debeant, quando reliqui coheredes etiam defuncti nepotis sunt, oneri collationis vero eximere se non possint, quando cum defun-

defuncti liberis primi gradus ſuccedunt. Nam in utroque caſu non jure repræſentationis, ſed jure proprio, ſuccedunt, nec ideo onus collationis, perſonæ patris cohærens, ſubire debent. Sic vero, qui abſtinet paterna hereditate, nunquam ad collationem obſtringitur. STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. XI. cap. II. §. XV.* Cæterum, quæ de hoc argumento WERNHERUM inter & BASTINELLERUM in utramque partem diſputata ſunt, vid. apud VVERNHERUM *P. VI. Obſ. CCCCXCIX.*

## Aphor. VI.

EXPRESSE REMISERIT.) Verum ex ipſis exemplis ſubjectis patet, hoc ſufficere, ut de remiſſione oneris conferendi ex patris voluntate conſtet. Non enim captanda eſt vox *expreſſim*, quæ in NOVELL. *XVIII. cap. VI.* occurrit, cum alias extra dubium poſitum ſit, in ultimis voluntatibus liquidas conjecturas ſibi vindicare locum, & præſumtam teſtatoris voluntatem reſpiciendam eſſe *L. XXIV. de reb. dub.* Imo, hanc ipſam in collationis argumento non ceſſare, non obſcure ex *L. XXXIX. §. I. Famil. erciſc.* colligimus. add. BACCHOV. *ad Treutler. Vol. II. Diſp. XVII. §. IV.* CARPZOV. *P. III. Conſt. XI. def. XXIV.* MEVIUS *P. I. Deciſ. LXXXIV.* Interim tamen facile concedo, liquidas conjecturas adeſſe, & in dubio, remiſſionem factam non eſſe, præſumi debere. Ergo pater per hoc, quod uni liberorum collationem impoſuit, ceteris eandem remiſiſſe non videtur. Alios caſus vid. apud LEYSER. *Spec. CCCCXIII. med.*

*med. IV. sqq.* Plane, licet pater expresse collationem remiserit, id tamen legitimæ fraudi esse non debet BRVNNEMANN. *ad L. X. §. III. de Collat.* BERGER. *P. I. Resp. CCLXXXIX.*

## Aphor. VIII.

SVBJECTA SVNT OMNIA) Ea quidem ratione, ut, ex quorundam opinione, si jura antiqua spectes, ipsa res accepta conferenda sit. Sed vereor, ne nimis liberaliter hoc asserant, cum textus, qui præcise collationem injungat, vix extet, magisque *L. I. §. XII. D. de collat.* regulam suppeditet, filium satis contulisse videri, si tantum in bonis paternis remittat, quantum alter ex collatione habere debet. Unde forte vero magis est simile, & olim æstimationem rei solum fuisse conferendam. Hodie certe ista necessitas rem ipsam conferendi cessat.

NVPTIARVM TEMPORE) Sive filia, sive filius, ea accipiat, cum & illa & hic inde fiat locupletior. Huc enim primario est respiciendum, ut quis onus collationis subeat. *L. I. §. XXIII. de Collat.* add. *L. XVII. C. de postlimin. reverf.* Quæ vero ornamenta & vestimenta, liberi, in sacris paternis adhuc constituti, acceperunt, alimentorum loco sunt, nec ideo collationi obnoxia *L. V. §. XII. de agnosc. & alend. lib.* L. *CCXXXIV. §. ult. de Verbor. Signific.* add. STRYCK. *de success. ab intest. Diss. XI. cap. IV. §. X. & Diss. de jur. vestiar. cap. V. n. 43.* Ex eadem ratione, quod liberi locupletiores non fiant, sumtus convivii nuptialis non sunt conferendi, quippe qui præterea patri

magis, quam filiæ aut genero, honori sunt CARPZOV. *P. III. Const. XI. def. XXI.* STRYCK. *d. tr. de success. ab intest. d. l.* §. *VIII.* Quodsi tamen locupletiores inde forsan fiant liberi, onus conferendi non cessabit. Casum exhibet LEYSER. *Spec. CCCCXIV. med. IV.* Imo ex eodem fundamento dona nuptialia conferenda esse, quæ a patre profecta sunt, dubitari nequit.

## Aphor. V.

NON CONFERENDA VENIUNT) Ut generatim ea solum conferenda sunt, quæ a patre vivo ex bonis patris in liberos sunt profecta, & ex quibus locupletiores facti sunt, ita e contrario, I) quæ mortis causa acquiruntur *L. XVI. C. de collation.* ut & prælegata *L. XXXIX.* §. *I. D. famil. herciscund. non conferuntur*, conferri non debent II) quæ ad liberos proprio jure spectant, quorsum & hodie pertinent bona adventitia *L. fin. C. de collat.* collationi non subsunt.

MILITATUM ABEUNTI FILIO DATA) Est quidem peculium castrense & quasi castrense quam maxime favorabile, cum ejus intuitu filius pro patrefamilias habeatur, nec onus conferendi agnoscere debeat, etiamsi a patre ipso profectum sit. Sed enim vero hoc ipsum privilegium reliquis liberis non debet esse fraudi, quando legitimam minuit. Est enim legitimæ favor major omnino quam militiæ & studiorum, cum illa ex naturali ratione debeatur, nec ideo pater arbitrium suum ad ejus læsionem extendere possit STRYCK. *de success. ab intestat. Diss. XI. cap. III.* §. *XXII.*

RICH.

RICHTER. *ad avthent. habita Disp. V. p. 118. n. 5.* Id, quod in Saxonia Electorali expressa lege est confirmatum per DECIS. *L.* Deinde, si pater filio ad dignitatem, vel militarem, vel civilem, vel Ecclesiasticam consequendam, aliquid de suo subministrat, quæ emolumentum habet annexum, filiumque locupletiorem reddit, hoc ipsum, quod a patre datum est ejus nomine, a collatione non eximitur *L. XXX. §. II. C. de inoffic. testam.* STRVV. *Syntagm. Jur. Civil. Exerc. XXXVII. §. XXIX.* Quod tamen ad ea subsidia non est extendendum, quæ ad nudam dignitatem obtinendam faciunt *L. I. §. XVI. de Collat. L. XX. §. VI. Famil. hercisc.* LEYSER. *Spec. CCCCXI. med. III. sq.*

SVMTVS IN STVDIA EROGATI) Sub quibus, & sumtus promotionis, & sumtus peregrinationis, recte comprehenduntur. Sigillatim posteriores sumtus collationis oneri haud subesse, ex *Leg. L. D. famil. hercisc.* recte defendunt CARPZOV. *P. III. Const. XI. def. XVIII. n. 4. & 5.* STRYCK. *de success. ab intestato Diss. XI. cap. III. §. XV.* PHILIPPI *ad Decis. Elect. L. Obs. II. n. 10.* Imo & æs alienum, studiorum causa, vivo patre, conflatum, ex hereditate paterna solvendum est, quatenus modum non excedit STRVV. *Exerc. XXXVII. §. XXX.* ZOESIVS *ad tit. D. de Collat. n. 36.* Quod tamen neutiquam extendendum est ad sumtus, quos filius post mortem patris fecit, ut & illi ex communi massa sint exsolvendi, quod vult STRVVIVS *alleg. loc. th. XXIX.* Nam nunc res amplius non agitur inter patrem &

filium, ſed inter fratres & coheredes, qui ſibi invicem ad ſumtus ſtudiorum ſubminiſtrandos nulla ratione ſunt obligati. Nec rem conficit argumentum, a ſocietate univerſali deſumtum, in qua fratres, qui paternam hereditatem communem habent, eſſe dicunt. Fingunt enim hanc ſocietatem, & ſocietatem rei univerſalis cum ſocietate univerſali commiſcent. *L. XXXIX. §. III. D. Famil. hercisc.* add. STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. XI. cap. III. §. XII.* Interim cum ipſum fundamentum immunitatis ab onere conferendi ſumtus ſtudiorum, partim in præſumta parentum voluntate, partim in promotione utilitatis publicæ, nitatur, facile colligimus inde, altero ex his ceſſante, collationi omnino locum eſſe.

ALIO MODO CONSTET) Pater itaque generatim ea, quæ ſua natura collationi exemta ſunt, collationi tamen ſubjicere poteſt *L. I. C. de collation.* Id tamen voluiſſe patrem, neutiquam præſumitur. Quapropter, ut mentem expreſſe declaret, omnino requiritur. Et ſic, quod proteſtatione efficit, non ſtatim ſola ſumtuum conſignatione efficere poteſt. FINCKELTHAUS *obſerv. XI. per tot.* Imo, ſi vel maxime proteſtatus ſit, atque expreſſe collationem juſſerit, non tamen ideo, ubi de ſumtibus ſtudiorum reſtituendis ſermo eſt, filius conferre debet, quæ in victum & amictum impendit modice, & ſecundum conditionem, in qua pater vivit, cum certe his ſumtibus opus fuiſſet, etiamſi filius domi manſiſſet, iidemque ipſi dubio procul ad alimenta pertineant, quæ pater filio dene-

nega-

negare non potuisset, qui ipse non habebat, unde se aleret, add. BERGER. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV.* §. *LI. not. 8.* & STRYCK. *de successſ. ab intestat. Diss. XI. cap. III.* §. *XVIII.*

## Aphor. XII.

EXTRANEOS EXTENDITUR) Res ipsa satis certa est, ascendentes & collaterales æque ac extraneos onus collationis subire non debere. Dubito vero, an id ex ratione, quam Auctor cum aliis allegat, derivari commode possit, cum & probabile sit, in dubio liberos voluisse, ut parentes æqualiter succederent, & collaterales sese invicem etiam æquali affectu prosecutos esse. Quare forsan ad ipsam occasionem legis, quæ collationem jussit, recurrendum erit, ut ratio diversitatis dari possit. Cæterum legibus effici posse, ut & extranei onus collationis subeant, præter exemplum, ab Auctore adductum varia testantur statuta localia, quæ præsertim collationis onus conjugibus, qui cum liberis simul succedunt, imponere ideo non dubitant, quia naturæ communionis bonorum, quæ multis in locis adhuc viget, omnino convenit, ut conjux succedens propria conferat bona. Possunt tamen conjuges, si hanc collationem sibi damnosam sentiant fore, juri succedendi renunciare, atque illata repetere.

# Tit. XXXIII.

## De hereditatis petitione, querela inofficiosi & actione familiæ herciscundæ.

### Aphor. I.

REMEDIVM PRAEPARATORIVM) Quia scilicet testamentaria dispositio, in qua heres ab intestato rite exheredatus est, obstat, ne hereditatem recta via obtineamus. Eaque propter querela prius inofficiosi testamenti utimur, ut impedimentum removeamus. In effectu itaque cum ipsa hereditatis petitione coincidit, cum eum habeat finem, ut judex, remoto prius impedimento, heredem nos declaret, & jus ideo hereditarium nostrum confirmet. Ut vero de ipsa hujus actionis indole plura addamus, ob ea, quæ *ad Tit. XXI.* hujus libri præoccupavimus, vix est necesse.

### Aphor. VI.

SEV JVS HEREDITARIVM) Cum vero nulla viventis sit hereditas, facile patet, id eum, qui hac actione experiri cupit, primario agere debere, ut mortem ejus, de cujus successione quæritur, probet. STRYCK. *de action. investig. Sect. II. membr. III. §. VII.* Quæ quidem probatio, maxime, ubi de morte absentis probanda sermo est, plerumque multum difficultatis habet, nisi præsumtio pro morte absentis capi possit. Quod fieri, quando, annum ætatis septuagesimum a nativitatis tempore

præ-

præteriisse, demonstrari potest, CARPZOVIUS docet *P. III. Const. XV. def. LVII.* Equidem negare non possumus, &, deficiente illa præsumtione, adeo exactam de morte absentis haud requiri probationem, sed nonnunquam, si præsertim alia adminicula accedunt, unum testem sufficere posse, quod ipsum argumentum late prosequitur LEYSER. *Spec. XCV.* Verum enim vero, plerumque plane ignoramus, ubi locorum absens degerit. Quapropter melius sibi prospicere possunt, qui hereditatem absentis expectant, quando judicem de administratione bonorum, sub cautione, sibi committenda, adeunt. Tum enim sufficit, probare consanguinitatem, & proximitatem gradus. Nec poterit judex hanc administrationem denegare illi, qui ad ejus susceptionem legitime se offert. Qua de re jam plura diximus *ad tit. XXVIII. Lib. I.*

EST ACTIO IN REM) Cui triginta demum annis præscribitur *L. VII. C. de hereditat. petit.* Non desunt quidem, qui, liberos heredes non nisi lapsu nonaginta annorum excludi, autumant, ex quorum numero & ipse Auctor noster eminet, qui eundem errorem errat in *Synt. Jur. Civil. Exerc. X. th. LXXX.* Sed, quod a bonorum possessione ex *L. I. pr. & §. XI. D. de Success. Edict.* desumunt argumentum, omnino spurium est. Utut enim Prætor liberos ad possessionem bonorum vocet, primo ex Edicto unde liberi, deinde, si intra legitimum tempus eam non agnoverint, ex Edicto unde legitimi, demum iterata vice ex Edicto unde cognati, a bonorum tamen possessione ad heredi-

tatem consequendam fieri illationem, vel ideo tolerari nequit, quia ad illam adipiscendam centum solum dies, ad hereditatem vero consequendam triginta anni proponuntur. vid. late, & ex instituto contra istum errorem differentem, LUDOVICI *in Diss. de præscriptione nonagenaria.*

## Aphor. VII.

VEL EX TESTAMENTO, VEL AB INTESTATO) Ille itaque sese fundat in testamento, hic in propinquitate sanguinis. Ut vero uterque, si possessio ipsi a tertio erepta sit, eo primario respicere debet, anne ad interdictum quorum bonorum confugere possit, quo possessionem hereditatis adipiscatur, de quo infra videbimus, ita sigillatim heredi testamentario utile ad eum effectum erit remedium ex *L. final. C. de Edict. D Hadrian. tollend.* vi cujus ex testamento, quod nullo visibili laborat vitio, possessionem hereditatis facili negotio nanciscitur. Cæterum, si jam de propinquitate sanguinis probanda sermo sit, non quidem operosa requiritur probatio, cum & indicia, & præsumtiones, testes de auditu, domestici, parentes, de credulitate deponentes, admittantur MASCARDUS *de probation. Vol. I. Concl. CCCCIX. n. 2.* FARINACIUS *de testib. Tit. VII. quæst. LXIX.* MEVIUS *ad Jus Lubec. P. II. Tit. II. art. XXXII. n. 12.* add. *c. III.* X. *qui matrimon. accus. can. VIII. caus. XXXV. qu. VI.* ut tamen de gradu cognationis judici fides fiat, omnino necesse est.

PARTEM HEREDITATIS PETIT) Quæ actio

actio ab hereditatis petitione in effectu sese non distinguit. Et sic sine dubio in eo etiam conveniunt, quod, sicuti in petitione totius hereditatis generale petitum de restituenda hereditate sufficit, ita etiam non sit necesse, ut pars hereditatis determinata in petito exprimatur. *L. I. §. V. D. Si pars heredit. petat.* Nam judex & partem hereditatis pro indiviso restitui jubere potest *L. VII. D. Eod.* add. PHILIPPI *ad Instit. Lib. IV. Eclog. LVI. n. 14.* Recte tamen monet LEYSER. *Spec. XCIV. med. VIII.* parte indeterminata expressa, dimidiam subintelligi non posse, quamvis forsan filius, qui, dum pater viduam prægnantem relinquit, portionis quantitatem in actione non exprimit, ægre ferre non debeat, quando judex ipsi quartam solum partem adjudicat, cum *L. III. D. si pars heredit. petat.* expresse jubeat, tres partes, cum tergemini nasci possent, salvas conservari. Non enim desunt, qui usum hujus legis hodiernum defendunt. Sed, ne quid dissimulem, jam alii viderunt, peculiarem tergeminorum favorem istam legis dispositionem produxisse, morisque fuisse Romæ, ut, ob bellum repræsentativum, a Tergeminis Horatiis cum Albanis feliciter confectum, cujus LIVIUS *L. I. Histor.* meminit, tergeminis non solum alimenta ex publico decernerentur, sed & Prætor, qui ventrem in possessionem mitteret, tergeminis, qui forte nascerentur, prospiceret. Quapropter usum istius legis, ratione cessante, magni faciendum esse, vix credo.

## Aphor. VIII.

TOTAM HEREDITATEM) Non itaque datur hereditatis petitio contra eum, qui titulo singulari possidet. *L. VII. C. de heredit. petit.* sed rei magis vindicatione experiundum est *L. XXV. §. XVII. D. Eod.* Permittunt tamen leges, ut, qui incertus est actor, quo jure reus possideat, possit uti remedio quodam præparatorio, reumque ad titulum edendum cogere *L. XI. C. Eod.* Verum hodie non actori solum conceditur utriusque actionis cumulatio STRUV. *Exerc. X. th. LI.* BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. III. §. XVI.* Sed & præterea, cum hodie officium judicis non amplius ita sit mercenarium, ut præcise sententiam ad verba libelli componere debeat, nil certe obstabit, ne, errore commisso ab advocato, eam actionem institutam existimet, quæ actori maxime prodest, atque ideo libellum sustineat add. *L. LXVI. D. de judic. c. VI. X. Eod.*

PRO POSSESSORE HABEATUR) Ficti hi dicuntur possessores, & ad æstimationem litis, sive ad id, quod interest, præstandum obligantur. Ut tamen in eo, qui liti se offert, requiritur, litem ab eo esse contestatam *L. XXV. D. de rei vindic.* Ita & liberatur ille, qui dolo desiit possidere, quando verus possessor judicium accipere vult, & petentis nihil intersit. Præterea variatio quidem petenti permittitur, illeque, relicta actione, contra fictum possessorem instituta, cum vero possessore agere potest, cessat tamen plane actio contra posteriorem, si prior litis æstimationem jam præstitit

tit *L. XLVI. de Rei Vindic. L. I. C. Commun. utriusque judic.*

## Aphor. IX.

Ut res hereditarias ) Hæc condemnatio ut cum effectu fieri possit, actor non probare solum debet, reum vel vere vel ficte possidere, quod tamen probatum intelligitur, si demonstret actor, reum hereditatem occupasse, sed & insuper fidem judici facere tenetur, reum possidere hereditatem, id est, res, quas defunctus possedit. Hac enim probatione deficiente, res hereditaria dici nequit *L. X. §. IV. de heredit. petit.* Si igitur actor officio suo ubique satisfecerit, possessori restitutio secundum inventarium, vel juratam specificationem, quæ hodie plerumque vim inventarii habet, peragenda injungitur. Idque in libello petere sufficit, cum actio ipsa, ut universalis, petitum specificum non admittat.

Factvs est locvpletior) Regulas de onere restituendi fructus & accessiones, qua ratione in bonæ aut malæ fidei possessore locum habeat, jam ad *tit. de acquir. rer. domin.* indicavimus. Quid vero alterutri juris competat, quando impensas in rem restituendam fecit, ad *tit. de Rei Vindicat.* exposuimus, quibus adde, quæ de hoc argumento disseruit Berger. *Diss. de fructibus & expensis quod bonæ & malæ fidei possessorem.* Hoc loco solum denuo monebimus, bonæ fidei possessorem haberi pro domino, omniaque illi licere, quæ domino permittuntur, quamdiu in bona fide est. Et sic ipsi non imputabitur, si quid dila-

dilapidavit, perdidit, donavit, alienavit, cum re ſua abuſus ſit, & de re, tanquam dominus, diſpoſuerit. *L. XXV.* §. *XI. D. de heredit. petit.* Nunquam igitur caſum præſtat, ſi ex rebus, ad hereditatem pertinentibus, aliquid periit. Ne quidem poſt litem conteſtatam, niſi culpa ejus acceſſerit. Quod enim alii defendunt, litis conteſtationem bonæ fidei poſſeſſorem conſtituere in mala fide, id univerſale non eſt. Nam non cogitur bonæ fidei poſſeſſor, ut jus ſuum temere indefenſum relinquat *L. XL. D. Eod.* Quapropter leges etiam jubent, in bonæ fidei poſſeſſore, ad eum effectum, ut conſtet, an de rebus, quæ perierunt, reſpondere debeat, reſpiciendum eſſe ad tempus demum rei judicatæ *L. XXXVI.* §. *IV. D. Eod.* quo nondum exiſtente, non eſt in mora. Quodſi vero poſt litem conteſtatam culpa ejus acceſſerit, omnino tenetur *L. XXXI.* §. *III. D. Eod.* cum e contrario malæ fidei poſſeſſor, qui ſciens rem alienam invadit, vel ſibi acquirit, ſemper & indiſtincte de caſu teneatur, ſiquidem omni tempore ipſi mora imputari poteſt. *L. XX.* §. *ult. L. XXV.* §. *II. L. XL. D. Eod.* Quamvis enim alii hic malæ fidei poſſeſſorem & prædonem diſtinguendum eſſe putent, eo effectu, ut ille caſum non præſtet, bene tamen hic, in hoc ipſo tamen argumento, ubi de hereditate ſermo eſt, vix aliquam iſta diſtinctio, quæ in aliis juris capitibus non eſt negligenda, utilitatem habebit. Titulus enim heredis, qui hic unus eſt, venire debet vel ex teſtamento, vel a lege. Qui neutro jure ſe heredem eſſe intelligit, absque titulo poſſidet. Sic autem hic non erit malæ fidei poſſeſſor,

ſeſſor, qui non ſimul eſt prædo, id eſt, poſſeſſor abſque titulo add. HVBERI *Prælect. ad. D. tit. de hered. petit.* §. *XIII.*

## Aphor. XIIII.

FAMILIAE ERCISCVNDAE) Eſt autem familiam erciſcere idem ac hereditatem dividere. Familia enim, ut ex Legibus XII. Tabularum diſcimus, olim ſignificabat hereditatem. Erciſcere autem componitur ex erctum indiviſum, & cio, divido.

ACTIO) Eaque cum duobis illis judiciis de finibus regundis, & communi dividundo, hoc ſingulare habet, quod I) ſit judicium diviſorium II) generale, quia petitum ſpecificum ob varias præſtationes generales & rationum redditionem non admittit, III) duplex, quia quilibet ex litigantibus actoris & rei vices ſuſtinere poteſt. Cuilibet enim coheredi, etiam reliquis invitis, ad diviſionem provocare licet *L. XLIII. D. famil. herciſc.* Qui tamen prior provocat, actoris vices ſuſtinet, cum judicii ordo exigat, ut diſtinctæ ſint partes actoris & rei. Quare, ſi duo forſan ſimul provocent, atque incertum ſit, quis prior provocaverit, res ſorte dirimenda eſt. *L. XIII. & XIV. de judic.* I) mixtum. Nam oritur partim ex jure in re, jure ſcilicet hereditario, ejusque nomine petitum eo dirigitur, ut res hereditariæ dividantur, partim ex jure ad rem, nimirum ex quaſi contractu, cum coheres, qui hereditatem communem adminiſtrat, cum reliquis quaſi contrahere, ſeque ad rationum redditionem obligare videatur, quo nomine actor etiam petit, ut commoda communicet, damna reſarciat, de impenſis quoque judicium accipiat.

Aph.

## Aphor. XIV.

DOMINIVM, SEV JVS HEREDITARIVM) Regulariter quidem judicium familiæ hercifcundæ locum habet inter coheredes, qui fe invicem ut heredes agnofcunt, *L. XXXVI. L. LI. D. famil. hercifc.* Quare non facile quæftio oriri poterit de ipfo jure hereditario ejusque probatione. Quodfi vero ipfa qualitas heredis in dubium vocetur, tum judicium familiæ ercifcundæ fibi locum non vindicat, fed lis principaliter de jure hereditario ipfo eft movenda, atque hereditatis petitio inftituenda, nifi actor, qui ad divifionem provocare vult, fimul partem hereditatis poffideat. Nam tum quidem judicio familiæ hercifcundæ utitur, fed fimul in ipfo hoc judicio probat, fe effe coheredem *L. I. §. I. Famil. hercifc.*

## Aphor. XV.

DIVISIONEM PETERE) Nec de jure Romano, ut certum aliquod tempus a morte defuncti præterlabatur, expectare debet. Novem enim illi dies, quos NOVELL. *CXV. cap. V. §. I.* luctui dandos effe cenfuit, non in odium heredum, fed in odium creditorum, ne lugentibus moleftiam inferant, introducti funt. Quod de jure Germanico tamen fecus effe credo, cum triginta illi dies, a morte defuncti computandi, quos ab omni ftrepitu immunes effe jubent leges patriæ, in lege prohibitiva magis nitantur, ut alibi demonftravi. Cæterum cum divifio hereditatis fit fpecies alienationis, nemo certe, nifi, qui facultatem habet alie-

alienandi, ad divisionem provocare, nec, si provocet, alia ratione felicem sibi successum promittere poterit, quam si adhibeatur forma, alienationibus rerum suarum a lege præscripta. Quare minor tutoris auctoritate & magistratus decreto indiget. Si tamen ad divisionem rei communis provocent alii, quibus hæc facultas indistincte a lege concessa est, divisio ipsa, utut coheres sit minor, nullas desiderat solemnitates, & per se subsistit, *L. XVII. C. de prædiis & aliis reb. minor.* Indeque est, quod alienatio quoque fundi dotalis, quam maritus alias peragere non potest, subsistat, si fundus dotalis communis fuerit, & ex coheredibus aliquis ad divisionem provocaverit *L. LXXVIII. §. IV. de jur. dot. L. I. pr. D. L. II. C. de fund. dotal.*

## Tit. XXXIV.

## De successione extraordinaria anomala ex pactis, seu successione conventionali.

### Aphor. I.

ABSQUE EJUS CONSENSU) Romæ igitur non simpliciter pacta successoria erant prohibita, sed tum solum, quando de hereditate ipsorum paciscentium sermo esset. Dispositiva igitur de hereditate tertii, & quidem incerti omnino tolerabantur. *L. III. §. II. D. pro soc.* ut & de hereditate certi, qui simul consentiret. Quo ipso tamen posteriori in casu facultas revocandi consensum non erat exclusa, ipsumque pactum tum demum efficaciam nanciscebatur,

tur, quando tertius consentiens in voluntate illa usque ad mortem perseverabat *L. fin. C. de pact.* Ipsa vero ratio, cur Romani paciscendi de hereditatibus licentiam tam arctis limitibus circumscripserint, neutiquam inde est petenda, tanquam pacta, quibus testandi libertas adimeretur, moribus Romanorum fuissent contraria. Falsam enim esse hanc rationem, jam supra ad *tit. de donationibus* demonstravi. Unice igitur derivanda est prohibitio a voto captandæ mortis, & metu insidiarum, quæ ex istis pactis oriebantur contra vitam eorum, de quorum hereditate pacta essent inita. Eamque ipsam rationem clare loquitur *L. XXX. C. de pact.* Veram autem eam esse, inde satis patet, quod nulla unquam Respublica, præter Romanam, tot protulerit heredipetas, totque impias fraudes & improbitates, quibus uterentur illi, qui, se successuros, certo sciebant, ad promovendam spem suam. Harum itaque artium Romani probe gnari non pacta solum successoria damnabant, sed & ex eadem ratione ne facile quidem illi, qui proximam spem succedendi habebat, educationem pupilli committebant. Imo ne dubitabant quidem, quin patrem arrogatorem ideo a successione arrogati excluderent. add. Leyser. *Spec. XLIII. med. I. sqq.* Artes vero varias heredipetarum detexit Idem *Spec. CCCLXXV.*

Usu tamen aliud introductum est) Imo potius Germanis fides antiquior testamentis fuit, Tacitus *de morib. German. cap. XX.* pactaque illi successoria frequentarunt prius, quam testa-

testamenti factio iis innotesceret. Hanc enim piis clericorum fraudibus sub prætextu, ut morituri per legata ad pias causas animæ prospicerent, (legata enim ista majoribus nomine des Seelengeräthes veniebant) fuisse promotam, rerum Germanicarum scriptores, patriique juris interpretes non silent. vid. SCHILTER. *Exerc. XI.* §. *XXV.* Nec periculum unquam fuit, ut, qui spem succedendi tertio faceret, pacto interveniente, heredem ad delinquendum, votumque captandæ mortis, invitaret. Sed scelus hoc feliciter ignorarunt majores nostri. Quapropter ab antiquissimis temporibus pacta successoria frequentarunt, hujusque instituti post juris Romani receptionem ita fuerunt tenaces, ut nec hodie ejusmodi pacta ab usu recedere sinant. Quod tot exempla pactorum dotalium, unionum prolium, inter privatos testantur, ut veritatem, qui contrarium defenderet, non posset non negare. add. STRYCK. *de success. ab intestat. Diss. VIII. cap. I.* STRUV. *Exerc. XXXVIII.* §. *XLVII.* SCHILTER. *Ex. VIII.* §. *XL.* BERGER. *Oec. Jur. Lib. II. Tit. IV.* §. *XLVIII. not. I.* Illustres vero personas sibi & olim & hodie pactis successoriis prospexisse, experientia satis confirmat.

## Aphor. II.

INTER PRINCIPES ET ILLUSTRES PERSONAS) Sed cur non inter quoscunque, etiam inter privatos? Certe facultas, de futura successione paciscendi, nullibi est restricta STRYCK. *de Cautel. Contr. Sect. III. cap. VI.* §. *XII.* Cur

non sigillatim inter Nobiles imperii mediatos? quod ægre alias admittunt. BRVNNEMANN. *ad L. IX. C. de Pact. n. XI.* cum tamen vel ipsa conjuncta manus, in feudis mediatis obvia, a pacto confraternitatis fere nominetenus solum sese distinguat. add. LEYSER. *Spec. XLIV. Coroll. I.* Cur porro nonnisi Imperatoris auctoritate accedente? Cum tamen, si super allodio ineantur, quod fieri posse, nemo negabit, nulla appareat ratio impetrandi consensus. Quare sic tene: *Cuilibet, & privato, & illustri, de mutua successione, quousque jus tertii non intervertitur, pacisci licet.* Interest vero, utrum de successione in bonis, liberæ dispositioni subjectis, an de successione feudali, conveniant partes. Ibi necessitas consensum impetrandi non adest. Hic, si de feudo mediato sermo sit, dominus directus, sin de feudo Imperii, Imperator consentire debet. Et quamvis hunc Imperatoris consensum olim plus una vice neglexerint Status Imperii, est tamen, post CAPITVLATIONEM *Josephinam & Carolinam*, quæ *art. VI.* ejusmodi pacta generatim confirmant, nullum hodie dubium, quin, quæ ante hanc Imperii legem inita sint pacta, omnino valeant. Sed, quæ noviter ineuntur, non Imperatoris solum confirmatione indigent speciali, verum etiam Statuum Imperii reliquorum consensum efflagitant, postquam *art. XI.* CAPITVL. CAROL. semel statutum, ut feuda Imperii vacantia, nonnisi ex Statuum suffragio, denuo concederentur in feudum. Quod autem illimitata statibus de allodiis paciscendi

competat facultas, ex iisdem legibus constat, add. *dd.* CAPITUL. *art.* *XXXVIII. & XXXIX.*

SUCCEDANT) Quo ipso satis distinguuntur a societatibus vel unionibus hereditariis, Erb-Vereinigungen, quippe quæ mutuam solum defensionem loquuntur, absque spe succedendi, & a pactis Ganerbinatus, quæ finem & mutuæ defensionis & mutuæ successionis respiciunt. Non tamen ideo pacta confraternitatis semper reciprocum successionis pactum continent, ceu patet exemplo domus Brandenburgicæ & Megapolitanæ. Id vero invaluit, ut, cum jus quæsitum ex pacto habeant, qui successionem expectant, subditi unius domus alteri eventualiter homagium præstare debeant. add. STRYCK. *de Success. ab intest. Diss. VIII. per tot.* Imo præter homagium hoc eventuale BEYERUS *Jur. German. Lib. III. cap. XVIII. posit. ult.* & has cautelas, in confraternitatibus Principum adhibendas, commendat, ut I) bona omnia, confraternitati destinata, accurate designentur, II) ut subditorum consensus utrinque impetretur, III) ut facultas, bona conventa propria auctoritate occupandi, paciscentibus tribuatur, IV) ut vicini Principes potentiores sponsores & executores constituantur.

ET HOSTILES INCURSIONES DEFENDANT) Hæc prima & impulsiva causa pactorum Ganerbinatus fuit. Docet enim STRYCK. *de succession. ab intestat. Diss. VIII.* & BEYER. *Diss. de violat. securitat. domestic. §. XIX. & XX.* vigente adhuc prisca diffidationum & bellorum pri-

vatorum licentia, familias foedera defensiva, cum spe successionis in castra & ditiones communes, celebrasse, quæ ab ipsa hac succedendi spe nomen mutuarentur, cum Ganerbe sit allgemein Erbe. Verum tamen post pacem publicam ratio horum pactorum primaria cessavit, & emolumentum solum successionis remansit. Cæterum hoc emolumentum non omnia Ganerbiorum bona afficit, sed ea solum, quibus Ganerbica qualitas superinducitur pacto. add. BEYERI *Jur. German. Lib. III. cap. XVII.*

## Aphor. III.

IN PRISTINO VIGORE CONSERVANDO) Non itaque eo tendunt, ut novum jus acquiramus, sed ideo inventa sunt, ut ordinem successionis magis ad juris communis dispositionem & statum ordinarium revocemus. Unde prosunt vel contra successoris paciscentis delictum, vel contra statuti aut consuetudinis rigorem STRYCK. *de success. ab intest. Diss. VIII. cap. III. §. IX. sqq.* STRUV. *Exerc. X. th. XI.* Cum his tamen non confundenda sunt pacta successoria restitutiva, quæ, quamvis & hunc finem possint habere adjunctum, ut ipsa bona conventa conserventur familiæ, & iis, qui & alias de jure communi in iisdem bonis succederent, primario tamen ad excludendas certas personas, quibus jure debebatur hereditas, faciunt, & possessorem obligant ad restitutionem hereditatis, illi faciendam, quem paciscentes primi præ aliis heredibus elegerunt. Pertinent huc sigillatim fideicommissa familiæ, quæ foe-

foeminas excludunt, bona majoratus, quæ seniori familiæ deferuntur, bona primogenituræ, quæ, exclusis secundogenitis, primogenitus sibi vindicat.

## Aphor. V.

NON PERTINENTIA) Sed tamen pertinet renunciatio non ad ea solum bona, quæ tempore renunciationis aderant, sed etiam ad eam hereditatem, quam is, cujus successioni renunciatum fuit, postea acquisivit LEYSER. *Spec. XLV. med. VI.*

TESTAMENTO PATER RELIQVIT) Distinguunt igitur pacta renunciativa in ea, quæ ineuntur cum illo, de cujus hereditate futura quæritur v. c. cum patre vel matre, & ea, quæ cum illo ineuntur, qui futurus esset coheres. Hæc fratribus quidem & sororibus proficua credunt, non illa, quia patrem & matrem, juri ex renunciatione quæsito, iterum renunciare, & renunciantem nihilosecius in testamento heredem instituere posse, existimant. STRVV. *Exercit. XXXVIII. th. L.* Eamque remissionem tacite quoque fieri posse defendit WERNHER. *P. I. Obs. CLXI.* Imo eousque progrediuntur alii, ut & renunciationem, patri vel matri, in favorem tamen fratrum aut sororum, factam, a patre solo remitti, eumque, non obstante renunciatione, heredem instituere posse renunciantem, autumant BRVNNEMANN. *ad L. fin. D. de suis & legit. hered.* MEVIVS *P. III. Decis. CLXXI.* add. STRYCK. *de successsion. ab intest.. Diss. VIII. cap. X. §. L.* Sed enim vereor, ne nimis inconsiderate juris Romani argumentum de pactis successoriis dispositivis huic opinio-

 ni

ni admiſceatur. Mihi ita videtur. Naturam pactorum, ex qua in Germania dubio procul pacta etiam renunciativa dijudicanda ſunt, ad jura renunciata nemini concedere regreſſum, niſi tertio ex renunciatione jus aliquod quæſitum nondum enatum ſit. Et ſic certe, ſi renunciatio in gratiam eorum, vel iis ipſis, facta ſit, qui futuri erant coheredes, non video, quo modo jus quæſitum ipſis poſſit interverti.

LEGITIMA DEBETVR) Auctor itaque, & hic, & *Exercit. XXXVIII. theſ. L.* cui etiam adſtipulatur WERNHER. *P. VII. Obſ. CVII.* in ea opinione eſt: Renunciationem ſucceſſionis ab inteſtato, generatim factam, non prohibere, ne nihiloſecius renuncians legitimam petat. Verum hic iterum juris Romani diſpoſitionem confundunt cum moribus patriis. Nam pacta renunciativa in legibus Romanis plane improbantur, & invalida declarantur *L. XVI. de ſuis & legitim. hered.* Nec ideo mirum eſt, quando *L. XXXV. §. II. C. de inoffic. teſtament.* quam allegare ſolent diſſentientes aſſerit, filium, in paterno teſtamento legitimæ intuitu gravatum, ſive agnoſcat onus, ſive expreſſe declaret, ſe nolle petere id, quod deeſt, nihiloſecius petere poſſe legitimæ ſupplementum. Verum pacta renunciativa moribus Germanicis, non antiquis ſolum, ſed & hodiernis, ſuſtinentur, SPECVL. SAXON. *L. I. art. XIII.* Et ſic non poteſt non valida eſſe renunciatio, etſi filia neque congruam dotem, neque legitimam habeat, STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. VIII. cap. X. §. XXIV.*

§. *XXIV. sqq.* MEVIVS *ad Jus Lubecens. P. II. Tit. I. Rubr. n. 64. & 66.* Quorum sententiæ eo lubentius accedo, quo certius est, nullo jure patrem esse obligatum, ut præter legitimam liberis aliquid relinquat. Cum igitur de reliquis bonis pro lubitu disponere possit, ne opus quidem esse videtur renunciatione liberorum. Si tamen fiat, ita sine dubio intelligenda est, ut effectum habeat. Hunc vero habebit, si de bonis, in quibus renuncianti jus successionis competebat, accipiatur, nec ad ea bona restringatur, quæ adimi potuissent renuncianti, etiamsi abdicatio ejus non adfuisset.

ET QVIDEM JVRATA) Quod quidem simplicitati majorum nostrorum non convenit, cum nullibi in legibus antiquis ista necessitas adhibendi juramenti præscripta sit, sed ex iisdem renunciatio, facta simpliciter, subsistat: Nec desunt, qui pacta renunciativa injurata valida prædicant SCHILTER. *Exerc. VIII. th. XL.* add. COLERVM *Decis. German. XXXVIII. P. I.* STRYCK. *de success. ab intestat. Disp. VIII. cap. X. §. XXIII.* Postquam vero semel Jus Canonicum facilitati hominum prospexit, qui se temere sæpius induci patiuntur, ut lucro futuro renuncient, & præterea intentioni Pontificis omnino convenit, ut indistincte juramentum accedat, quisquis ille sit, qui renunciat, nemo forte negabit, tutius omnino esse, ut juramentum, & ea quidem ratione, ut communi opinioni satisfaciamus, accedat, id est, actu corporali peragatur. vid. LEYSER. *Spec. XLV. med. II. sqq.* In Saxonia tamen Electorali ma-

ſculi injurata renunciatio valet CONSTIT. ELECT. *XXXV. P. III.* imo & neceſſitatem jurandi, foeminis impoſitam, ad filiam ſolum renunciantem, reſtringendam eſſe, putat BERGER. *Oecon. Jur. Lib. II. Tit. IV, §. XLVIII. not. 5.* Sed & idem ſtatim addit, conſilii utique eſſe, ut ſecundum jus Canonicum indiſtincte jusjurandum adhibeatur.

SVISQVE HEREDIBVS RENVNCIAVERIT) Mater enim renunciavit in eum eventum, ſi heres ab inteſtato ſit futura. Quodſi igitur ante patrem moriatur, conditio illa tacita deficit, ſub qua renunciatio facta, atque hæc, cum concidat, nec heredes amplius obligabit CARPZOV. *P. III. Conſt. XXXV. def. XI.* KELLENBENZ. *de renunciat. ſucceſſ. qu. XXXIII.* Inde cautelam commendat STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. I. cap. V. §. X.* ut caſus ita exprimatur: Solte ich auch gleich vor meinen Vater mit Tode abgehen; ſo ſollen doch meine Kinder und Erben von der väterlichen Erbſchafft ausgeſchloſſen ſeyn. Hoc ipſo enim futurum eſt, ut, nepotes, ſi matris heredes ſint, ejus factum agnoſcere, & avita hereditate abſtinere debeant; Quamvis ipſis matris renunciatio non noceat, ſi ejus hereditatem repudient. Tunc enim, non ex perſona matris, ſed proprio jure, avo ſuccedere, ejusque hereditatem petere poſſunt.

SVCCEDIT FILIA PATRI) Quod intellige tamen de caſu, quando frater deceſſit absque prole. Hac exiſtente, renunciatio durat. Quisque enim regulariter non tantum ſuo, ſed & heredum nomine, paciſci & contrahere cenſetur *L. XIII.*

*C, de*

*C. de contrah. & committ. stipulat.* add. WERNHER. *P. VIII. obs. CCCCXLVII.*

DISPOSITUM EST) Nec absque ratione. Nam propter enormem læsionem illa solum negotia rescinduntur, quæ mutuas habent præstationes, in negotiis vero unilateralibus hæc ratio cessat. Et præterea læsionem postea urgere nequit, qui, dum paciscebatur, eam facile prævidere poterat. Accedit & hoc, quod filia, quæ ante renunciationem jam sibi ex bonis paternis emolumenta acquisivit, nihil restituere debeat, si post renunciationem hereditas paterna decrescat.

## Tit. XXXV.

## De Jure pignoris.

### Aphor. I.

PIGNUS AB HYPOTHECA DISTINGVITUR) Primo differebant, quod pignus, contractu interveniente, qui actionem sui nominis produceret, constitueretur, hypotheca pacto nudo, ex quo actio non oriretur. Deinde, pignore constituto, possessio ejus ad creditorem transit, hypotheca penes debitorem manet, *L. IX. §. II. D. de pignorat. action.* nisi forsan adjecta sit clausula constituti possessorii, quæ id operatur, ut, re licet penes debitorem manente, vera tamen possessio in creditorem transferatur, ipseque debitor creditoris magis, quam suo nomine, possideat, atque ideo creditori remedia possessoria competant MEVIUS *P. V. Decis. CLIX. sq.* Verum, postquam Prætor ex hypotheca etiam actionem concessit, ho-

die inter hanc & pignus non alia, quam nominalis, differentia remanet, quod & Veteres JCti fatentur in *L. V. §. I. de pignor.* Nam utrumque negotium jus reale tribuit, nec hoc demum a traditione, sed ab antiquitate temporis, vigorem mutuatur. Quapropter, hypotheca constituta in re quadam, quæ postea pignoris loco alii tradita est, illa nihilosecius præfertur *L. XII. D. qui potior. in pignor.* Lubecenses tamen & Hamburgenses juris Germanici antiqui, quod pignus absque traditione ignorabat, dispositionem servant, eumque, cui pignus, quod in re mobili consistit, traditum est, nudo hypothecario, utut tempore priori, præferunt. vid. Jus Lubecens. *P. III. Tit. IV. art. V.* Statut. Hamburg. *P. II. Tit. IV. art. II.*

## Aphor. II.

In securitatem sui crediti) Eaque propter creditor, de jure Romano, neque fructus suos facit, si pignus aut hypothecam possideat, neque casum præstat, nisi culpa præcesserit *L. XXX. D. de pignor. action.* quia dominium in eum non transit. Alia tamen ratio juris Germanici antiqui fuit. Coler. *Lib. I. Decis. VII. n. 29.* Quamvis enim ea Jur. Prov. Saxon. *Lib. III. art. V.* ut & Suevici *cap. CCLIV. §. III.* non fuerit sententia, ut creditori facultatem, pignus perpetuo possidendi, & de eo libere disponendi, concederet, eumque, si pignus periret, ad ejus æstimationem præstandam obligaret, id tamen voluit, ut creditor fructus ex pignore suos faceret, a rationum redditione liber esset, atque, si pignus interiret, etiam absque

absque creditoris culpa, jus pignoris amitteret. add. Jvs Prov. Sax. *Lib. II. art. XXIV. & LX.* Verum huic diſpoſitioni poſtea in Saxonia Electorali per Constit. *XXVI. Part. II.* derogatum, atque Juris Romani diſpoſitio approbata eſt. Quamvis juri antiquo in reliqua Saxonia uſum tribuat Carpzov. *ad d. Conſt. def. III.* eo quidem effectu, ut, pecudibus pignoris loco traditis, de quibus ſigillatim loquitur Jus antiquum, creditor cum fructus ſuos faciat, tum caſum etiam ſentiat.

## Aphor. IV.

Dvplici modo) Præterea non expreſſe ſolum, ſed etiam tacite, conſtituitur. Nam dum v. c. lex locatori in rebus inquilini pignus concedit *L. IV. D. L. ult. C. In quib. cauſ. pign.* non opus eſt, ut inter locatorem & conductorem expreſſe conveniat de jure pignoris, ſed illatio bonorum in rem conductam ſufficit. Imo generatim, ubi apparet, conſenſiſſe debitorem, ut res ſuæ in creditoris ſecuritatem cedant, negotium ſubſiſtet Hvber. *Prælect. ad D. tit. de pignor. §. V.* Conſtituitur etiam pignus ultima voluntate v. c. legatario *L. XXVI. pr. de pignor. action.*

## Aphor. VI.

Alienandi potestatem habent) Eſt enim oppignoratio proxima via ad alienationem, & qui pignus conſtituit, conſentit etiam tacite, ut creditor, ſi mora in ſolvendo & reluendo accedat, pignus diſtrahere poſſit *L. XII. C. de contrah. & committ. ſtipul.* Sic vero fieri non poteſt non,

non, quin illi, cui alienatio prohibita eſt, prohibita quoque ſit oppignoratio, ille vero, qui non, niſi adhibita certa forma, alienat, hanc etiam in oppignoratione obſervare debeat. Cumque hac ratione valida ubique & efficax ab alienatione ad oppignorationem fieri poſſit argumentatio, dubium non eſt, quin & illæ ſolum res, quæ alienari poſſunt, nexum pignoris recipiant, maxime cum nec alias finis oppignorationis locum habere, & creditor ſecurus præſtari poſſit. Quapropter etiam creditor, quotiescunque reſciſcit, rem, quam oppignoratam tenet, debitoris non eſſe, actionem inſtituere poterit contra debitorem, ut aliam rem tradat *L. XXXII. de pignorat. action.* etiamſi debitor ſolvendo ſit, cum plus cautionis in re ſit, quam in perſona *L. XXV. de Regul. Jur.* Nec obſtat *L. LIV. D. de fidejuſſor.* quæ creditori actionem ſolum ad intereſſe concedit. Creditoris enim maximopere intereſt, ut novum pignus conſequatur, & jus reale conſervet. Sic vero lex iſta proficua magis creditori, quam noxia eſt, add. SCHILTER. *Exerc. XXVI. §. ult.*

## Aphor. VII.

ABSQVE JVDICIALI INSINVATIONE) Verum hoc poſtea mutatum in ORDIN. PROC. RECOGN. *tit. XLVI. §. II.* quippe quæ regulam format, omnes hypothecarum judicialium, ſive in feudis, ſive in allodiis, conſtitutæ ſint, translationes & ceſſiones judicialiter peragendas eſſe. add. quæ dixi in *Introd. ad Jus. Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IV. §. V. & Exerc. VI. §. X.*

NON

Non possunt oppignorari proprio nomine) Non itaque simpliciter pignus rei alienæ inutile est, sed non valet ad eum effectum, ut perfecte satisfiat obligationi per translationem juris realis, cum non dominus jus veri domini, qui rem suum vindicat, intervertere, & creditorem, ut rem alienam retineat, obligare nequeat. Cæterum pignoris constitutio in re aliena valet inter contrahentes, ut cum effectu de pignore, post exsolutum debitum restituendo, actio detur, eamque creditor, de dominio, tanquam de jure tertii, excipiens, elidere non possit. Et ita intelligendæ sunt *L. IX. §. IV. de pignor. act. & L. V. C. si alien. res pignor. det.* quæ pignus in re aliena subsistere perhibent. Doctores vero, istis, quas allegavimus, rationibus, commoti, regulam formant generalem: Quotiescunque de personis contrahentibus tantum obligandis agitur, res aliena objectum potest esse contractus, per quem dominium non transfertur, salvo tamen semper jure domini veri supervenientis. Quoties vero de jure in re, cum effectu transferendo, quæritur, res aliena objectum contractus esse nequit. Sed & id addamus, necesse est, posse pignus in re aliena constitutum, omnino, ex parte etiam veri domini, effectum sortiri, si hic oppignorantis, non domini, heres fiat, quia, dum in jura defuncti succedit, ejus etiam facta præstare debeat *L. XXII. D. de pignor. L. V. C. si alien. res pign.* add. *L. XLI. D. de pignor. action.* ibique Gothofredum *in Notis.*

Aph.

## Aphor. VIII.

OMNIA DEBITORIS BONA ) Si ab iis discesseris, quæ ex præsumta debitoris voluntate excepta, & in subsidium solum, si alia bona desint, obligata videntur v. c. supellex necessaria, it quæ quotidiano usui inserviunt *L. VI. sqq. D. de pignor.* ibique BRUNNEMANN. ut & ab iis, quæ ex speciali juris ratione oppignorari non possunt v. c. arma militum *L. XIV. §. I. D. de re militar.* instrumenta rustica de Jure Romano *L. VIII. &* AUTH. *agricultores C. quæ res pign. obligar.* (nam de jure hodierno & hæc & studiosorum libri, quos alii etiam excipiunt, sæpius oppignorantur add. STRUV. *Exerc. XXVI. th. XVI in fin.* COLER. *de process. Execut. P. II. cap. III. n. 148.*) regula, ab Auctore suppeditata, omnino vera, & præsumtio est contra debitorem, eum omnia bona oppignorare voluisse, licet non omnia sigillatim expresserit *L. IX. C. quæ res pign. obligar.* Et sic hypotheca præsentia & futura bona afficit, etiamsi verba præsentis temporis sint adhibita LEYSER. *Spec. CCXXIII. med. V.* Imo idem juris est in hypotheca, qua corpus aliquod, seu universitas rerum, obligatur. Nam & has res, quæ postea universitati accedunt, pignori obligat. De taberna certe & grege res expedita est, cum clara extet *L. XXXIV. D. de pignor.* Sed nec ratio adest, cur cum BRUNNEMANNO *ad d. Leg.* & BACCHOVIO *de pignor. Lib. II. cap. V. in fin.* legem hanc ad casus expressos solum restringamus, siquidem, universitate in genere oppignorata,

rata, semper adsit eadem universitas, licet aucta reperiatur. add. LEYSER. *d. Spec. med. VI.* An vero sub generali hypotheca nomina etiam comprehendere licet? Affirmant omnes, si generalia verba adhibuerunt contrahentes. Negant plures, si mentio solum bonorum mobilium & immobilium facta sit. STRYCK. *Caut. Contr. Sect. II. cap. IV. §. XV.* BRUNNEMANN. ad *L. I. D. de pignor. n. 5.* ex ratione, quod nomina neque ad res mobiles, neque ad res immobiles proprie pertineant, sed proprium genus rerum constituant *L. XV. §. II. D. de re judic.* ibique BRUNNEMANN. add. etiam WERNHER. *P. V. Observ. XXX.* Sed enim vero notissimum est, de Jure Romano nomina analogice vel ad res mobiles, vel ad res immobiles, referri. Præterea, nec ipso jure Romano enarratio specierum præcedentem generalem locutionem restringit *L. XII. §. XLVI. de instr. vel instrum. leg.* Quare non dubitant Saxones, quin sub generali hypotheca nomina quoque comprehendant, vid. BERGER. *Oecon. Jur. Lib. II. Tit. V. §. IX. n. I.*

## Aphor. IX.

CONFIRMATIO JUDICIS) Generatim ex re est, ut distinctionem inter pignus publicum & privatum, ejusque usum, tam de jure Romano, quam de jure hodierno, exhauriamus. Privatum extrajudicialiter, publicum, vel judicialiter, vel de jure Communi coram tribus testibus masculis constituitur *L. XI. C. qui potior. in pign.* Judiciale iterum vel voluntarium est, vel necessarium. Necessa-

cessarium contra contumaces debitores, qui vel judicium subterfugiunt, vel, quod extremum in jurisdictione est, denegant, decernitur, de quo infra videbimus *Aphor. XII.* Voluntarium vero, sive a judice confirmatum, sive coram tribus testibus constitutum sit, eundem producit effectum, & creditori jus reale tribuit, ea quidem efficacia, ut, quamvis idem jus privato pignori non denegandum sit, publica tamen hypotheca, sive prior, sive posterior, tempore sit, privatæ præferatur *L. XI. C. qui potior. in pignor.* Quod vero mores nostros attinet, qui ad oppignorationem magistratus consensum requirunt, pignus quidem privatum, in re mobili constitutum, jus reale tribuit, ex antiquitate temporis dijudicandum, eoque respectu etiam publico posteriori præfertur, in re immobili constituto, utut hoc generale sit, & bona etiam mobilia afficiat. Extrajudiciale vero, in re immobili constitutum, jus reale non producit, efficit tamen, ut creditores istiusmodi hypothecarii nudis chirographariis præferantur, & locum sibi inter personaliter privilegiatos primum vindicent RICHTER. *de Jur. & privileg. credit. cap. V. n. 39.* SCHILTER. *Exerc. XXXIII. §. XII. & XIII.* imo, si inter se concurrant, non promiscue, sed ex antiquitate temporis id, quod ipsis debetur, capiant. LEYSER. *Spec. CCXXX. med. II.* Idemque sine dubio dicendum de iis, qui hypothecam, tribus testibus munitam, acquisiverunt. Sic vero illi demum, quibus, consensu magistratus interveniente, pignus in re immobili concessum est,

eſt, jure reali fruuntur, cum effectu, ut aliis perſonaliter privilegiatis, & chirographariis præferri poſſint. Quod in Saxonia Electorali novo jure ad omnes omnino hypothecas, in re immobili conſtituendas, extenſum eſt, ea intentione, ut, ſi magiſtratus conſenſus deſit, ne perſonali privilegio quidem utantur, etiamſi vel maxime teſtes, vel inſtrumenta publica, a Notario confecta, acceſſerint. Vid. quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. IV. th. IV.* Quid, quod ne judiciales quidem hypothecæ effectum habeant, niſi competens magiſtratus ratione rei ſitæ conſenſum interpoſuerit. *ibid.* Hunc tamen & alibi, ubi judicis auctoritas accedere debet, efflagitandum eſſe, ne pignus effectum amittat, inde facile colligimus, quia ratio impetrandi conſenſus ea plerumque eſt, ut judex cauſam prius cognoſcat, & conſenſum interponendo id agat, ut ſecuritatem actu creditor conſequatur, fides vero publice interpoſita conſervetur. Quod nemo efficere facile poteſt, niſi qui facultates debitoris compertas habet.

## Aphor. X.

PACTUM ANTICHRESEOS) Mirus Doctorum de effectu pacti antichretici eſt diſſenſus, ſi jus creditoris percipiendi fructus, ejusque obligationem reddendi rationes reſpicias. Si res ex principiis juris Germanici, quod fieri omnino deberet, unice eſſet conficienda, ſubtilitatibus illis vix indigeremus, cum jam ab aliis juris patrii Interpretibus abunde evictum ſit, pignus frugiferum, credi-

tori traditum, ſive id expreſſe inter partes actum eſſet, ſive ſiluiſſent, cum jure percipiendi fructus irrevocabiliter, ad eum tranſiiſſe, nullamque creditorem obligationem recepiſſe de rationibus reddendis. Confer. STRYCK. *Uſ. Modern. Digeſt. tit. de pignorat. action. §. II.* THOMASIVM *Diſſ. de Uſ. Practic. Differ. inter emtionem cum pacto de retrovend. & contr. pignor. cap. III. §. V. ſq.* GVNDLINGII *Diſſert. de oppignorat. territor.* Jus vero Romanum, ſi ſpectemus, rem omnem eo redire puto, ut pro certo habeamus, creditori, etiamſi ipſi res eſſet tradita, nullum jus fructus percipiendi competiiſſe, eumque, ſi nihiloſecius perciperet, obligatum fuiſſe, ut rationes redderet: Quod enim pignus ipſi in ſecuritatem crediti tantum cedat, res eſt, nullis dubiis obnoxia. Quo igitur fructus jure perciperet, eosque & emolumenta in vicem uſurarum conſequeretur, pacto peculiari & expreſſo opus erat. Hoc ipſo vero tacitam locationem conductionem contrahi, aperte loquitur *L. XIV. C. de Uſur.* Et ſic cognitu non eſt difficile, nullum jus debitori fuiſſe, de fructuum exceſſu conquerendi, & creditorem reſtitutione ejus, quod ultra legitimum uſurarum modum perceperat, onerandi. Non enim, ut allegata lex loquitur, illicitum foenus contractum, ſed vilius conducta res videtur, add. *L. XVII. C. de Uſur.* Quæ cum ita ſint, primo patet, errare eos, qui, adhibita diſtinctione inter antichreſin expreſſam & tacitam, doctrinam de obligatione reſtituendi exceſſum uſurarum, conficere ſtudent, quod faciunt

TA-

Tabor *de altero tanto P. III. art. XII. th. VII.* Lauterbach. *Diss. de jur. antichret. th. LIII.* aliique plures, cum nulla jure Romano detur antichresis tacita, vid. late Vinnium *Lib. II. Select. quæst. jur. cap. VII.* Deinde errant, quando antichresi, expresse constituta, fructus certos ab incertis distinguunt, ibique creditorem ad rationum redditionem & excessus restitutionem damnant, non hic. vid. Stryck. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. IV. §. XXIII. sqq.* Nam sufficiens hic dari non potest diversitatis ratio. Quodsi enim fundamentum rationum redditionis in excessu usurarum, qui usurariam pravitatem continet, collocandum est, quod asserunt omnes, ubique eadem aderit ratio, sive certi, sive incerti, fuerint fructus. Sic vero rectius defenditur, in utroque casu cessare rationum redditionem. Nec quicquam operabitur lex Imperii in Ord. Polit. *de anno 1577. tit. XVII. §. VIII.* quæ alias omnem usurariam pravitatem damnat, ut opinionem nostram deseramus. Nam antichreticum pactum non est usurarium pactum, sed locatio. Et si ad foenus illicitum referri posset, cur non eodem modo exigimus rationum redditionem, ubi incerti sunt fructus, cum hic sæpius major adhuc latere possit usuraria pravitas, quam si fructus certi sint. Vix igitur cohæret ista de efficacia pacti antichretici Philosophia, quamvis in Praxi approbata sit, ita quidem, ut, si debitor prius probaverit excessum usurarum, creditor obligetur ad rationum redditionem. Add. plura notatu digna, quæ Praxin respiciunt, ex Leyseri *Spec. CLVII.*

Interim, quo creditor eo melius sibi prospiciat, consultum est, ut expressis verbis locationem conductionem celebret, eaque occasione paciscatur, sibi jus esse, mercedem, quotannis exsolvendam, compensandi cum usuris. Plus enim sic habebit utilitatis, quam ex emtione rei oppignoratæ cum pacto de retrovendendo, cum fieri non possit, quin periculum rei simul recipiat, nisi iterum debitorem ad periculum suscipiendum, pacto interveniente, obliget. add. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. IV. §. XXV. sq.*

## Aphor. XI.

ILLICITVM EST PACTVM SEV LEX COMMISSORIA) Traxit hoc pactum dubio procul originem suam ab antiquis pignoribus fiduciariis, quando nempe, pecuniæ sumendæ gratia, rem certam solenniter manciparent, vel in jure cederent, ea lege, ut, soluta intra certum tempus pecunia, res remanciparetur, non soluta, res pleno jure creditori committeretur. Nec, si dicendum quod res est, pactum tale per se iniquitatem habet, cum damnum, quod quis sua, non alterius culpa aut dolo, incurrit, sentire nemo videatur. Docuit etiam late JACOBVS GOTHOFREDVS *ad L. un. C. Theodos. de lege Commissor. rescind.* ante Constantini Magni legem prohibitivam commissorium pactum in pignoribus æque ac aliis contractibus licitum fuisse. Quæ cum ita sint, injustitiæ nota inuri nequit domibus illis, publica auctoritate alicubi, pecuniæ sumendæ causa, institutis, denen öffentlichen Leyhhäusern, data simul licentia, ut pigno-

pignorum, in securitatem crediti datorum, si debitor neque ea justo tempore reluat, neque contractum renovari, & in longius produci curet, ipso jure acquirant dominium. De Jure vero Canonico, feudali & Germanico, res expedita est, pactum commissorium in pignoribus illicitum haberi *c. 7. X. de pignor.* ibique GONZALEZ TELLEZ *I. Feud. XXVII.* ORDIN. POLIT. *de anno 1577. tit. XX. §. V.* add. GOTHOFREDVM A JENA *de Lege Commiss.* MENCKEN. *Diss. de lege commissoria in jure reprobata.*

JVSTO PRETIO CONSTITVTO) Circumspectus itaque sit judex, ne vel pacto de retrovendendo adjecto legi fraus fiat. Nam hic in dijudicanda justitia pretii non præcise ad læsionem ultra dimidium est respiciendum, sed ad veram magis æstimationem, quæ tempore initi pacti aderat. Siquidem ratio prohibiti pacti commissorii, in *L. III. C. de pact. pignor.* hæc est, ne debitores miseri res pretiosas pro modica pecuniæ summa obligent, & in angustiis constituti necessum habeant, omnia, quæ exiguntur, etiam cum substantiæ suæ interitu promittere. Verbo: dispiciat judex, anne sub pacto de retrovendendo usuraria pravitas lateat. Nam foenus immodicum a veris etiam emtionibus venditionibus abesse debet *L. XIII. §. XXVI. de action. emt.* Nec dubitat ideo RECESSVS IMPERII *de anno 1548. Tit. XVII. §. I. & VII.* quin sigillatim retrovenditionis contractum inter negotia referat, quæ usurariam pravitatem continere possunt, atque, si

talis deprehendatur, ut illicita, reprobanda sunt. Exempla tectæ istiusmodi usurariæ pravitatis refert LEYSER. *Spec. CLVIII. med. V. & in Corollar.*

## Aphor. XIII.

PIGNUS JUDICIALE) Inter pignus itaque judiciale & prætorium hæc intercedebat differentia, quod judiciale constitueretur, exequendi judicati causa, si debitor sententiæ non satis faceret. *L. XV. de re judic.* atque cum jure reali possessionem in creditorem transferret, antecedente exmissione debitoris; prætorium vero, contumaciæ coercendæ causa, locum haberet, quando vel ad judicium vocatus non veniret, vel cautionis præstationem recusaret, idque operaretur nudam detentionem *L. XV. de damn. infect. L. X. pr. ut in possess. legator.* Verum hodie hæc distinctio nullius est usus, partim, quod cesset distinctio inter judicem & Prætorem, partim, quod, qui judiciali auctoritate pignus consequitur, quocunque id fiat modo, jus reale acquirat, unice ex antiquitate temporis æstimandum.

## Aphor. XIV.

PIGNUS LEGALE) Non itaque pignus legale est absque lege, & præter hanc non est fingenda hypotheca tacita. Quamvis diffiteri non possimus, varia pignorum legalium exempla ex Praxi hodierna opinioni magis Doctorum, quam legi, originem debere, sic vero solido destitui fundamento, cum ea jurium singularium sit indoles, ut ultra casus expressos extendi nequeant. Non ta-

tamen ideo hypothecæ legales unice ex Legibus Romanis ſunt petendæ, ſed &, jura provincialia & conſuetudines in ſubſidium vocari, fas eſt.

PROPTER TRIBVTA) Atque hæc hypotheca generalis eſt, & omnia debitoris bona ita afficit, ut & ex alia re, quam cui onus cohæret, fiſco ſatisfieri debeat, modo fundus tributarius prius excutiatur RICHTER *de jur. & privileg. credit. cap. II. membr. V.* SCHILTER. *Ex. XXXIII. th. XXIX.* BERGER. *Cent. III. Conſ. LXXXIX. & Elect. Diſc. Forenſ. tit. XLII. obſ. IX. n. 2.*

A MARITO VXORI PRAESTANDA) Ut varia eſſe poſſunt capita, ex quibus maritus uxori debet, ita diverſa quoque diverſorum eſt ratio. Nam quod dotem attinet, ejus intuitu gaudet hypotheca cum privilegio prælationis, omnesque creditores reliqui, etiamſi anteriorem expreſſam habeant hypothecam, illi cedere debent, quod clare loquuntur *L. XII. C. qui potior. in pign. L. XXX. C. de jur. dot.* NOVELL. *XCVII. cap. IV.* NOVELL. *CIX. cap. I.* Sed recte uſus fori hoc admodum exorbitans jus ita temperat, ut uxor tacitis hypothecariis ſolum præferatur, iis, qui anteriorem hypothecam expreſſam habent, poſtponatur. FABER. *in Cod. Lib. VII. Tit. XXIV. def. III.* STRVV. *Exerc. XLIV. §. XLIX.* Eodem privilegio gaudet dotalitium uxori conſtitutum MEVIVS *P. I. Deciſ. CLXXIII.* modo dotem abſorbeat, & in ejus locum ſuccedat. Ob bona paraphernalia jus ſolum tacitæ hypothecæ abſque prælatione competit uxori *L. ult. C. de pactis.* Idem di-

cendum de donatione propter nuptias, quatenus merum lucrum non continet, add. LEYSER. *Spec. CCXXVI. med. VII. sqq.*

IN REFECTIONEM DOMVS CREDIDIT) Modo I) nominatim pecunia ad refectionem data, II) ædificium refectum, III) refectio necessaria fuerit, & IV) res refecta adhuc extet *L. VI. D. qui pot. in pign.* BRVNNEMANN. ad *L. I. D. in quib. caus. pign.* HVBER. *Prælect. ad D. eod. tit. VIII.* Et sic, si pecunia eo nomine non data, licet probetur, eam in fundi utilitatem versam esse, cessat tamen privilegium *L. V. §. XVII. de tribut. action.*

AD EMENDAM, VEL NOVITER EXTRVENDAM) Ratio enim privilegii, quod priori in casu competebat, derivanda est ab interesse Reipublicæ, cui expedit, ut ædes sartæ tectæque conserventur. Si quis ædificium emat, dispar plane adest ratio. Et *d. L. XVII. C. de pignor.* utique expresse negat, ideo hypothecam competere tacitam. Nec aliud evincitur ex NOVELL. *XCVII. cap. III.* Recte enim monet BACCHOV. *ad Treutler. Vol. II. Disp. XXIV. §. VII.* Justinianum hac in Novella ratione crediti ad rem conservandam jus novum ordinasse, ratione crediti ad rem emendam jus antiquum ex *L. VII. C. qui potior. in pignor.* confirmasse. Deinde etiam eum, qui ad ædificandum & extruendum credidit, nullam sibi asserere posse hypothecam legalem, evincit BRVNNEMANN. *ad L. I. in quib. caus. pign. vel hypoth.* BERGER. *Elect. Disc. Forens. p. 1468. n. 2.*

*n. 2.* Cæterum his creditoribus perſonale competere privilegium, ad eum effectum, ut nudis præferantur chirographariis, ex *L. XXXIV. D. de reb. auct. judic. poſſidend.* recte colligunt.

## Aphor. XV.

CVM FISCO CONTRAXERVNT) In horum tamen bonis fiſcus regulariter tacitam hypothecam non habet, niſi quatenus bona poſt contractum ſunt acquiſita *L. XXVIII. D. de jur. Fiſci.* In his ipſis bonis vero tam pingue eſt jus hypothecæ, ut & cum jure prælationis ſit conjunctum BRVNNEMANN *de Concurſ. Credit. cap. V. §. XXXVIII.* Quod, an eodem modo ad bona eorum, qui cum Eccleſia & piis cauſis contrahunt, applicari poſſit, valde dubium eſt, cum lex ſpecialis ea de re non extet, nec tamen privilegium, lege tacente, cuidam poſſit tribui. Imo ne de hypotheca quidem Eccleſiarum & piarum cauſarum tacita in bonis adminiſtratorum lex expreſſa proſtat, quamvis in Praxi fiſci privilegium ad Eccleſias per interpretationem extenſivam trahere ZIEGLER. *ad Ordin. Prov. Saxon. Tit. XLV.* neve argumentum deſit, id ipſum ab exemplo pupilli, cui hypotheca in bonis tutoris competit, deſumere ſoleant, cum adminiſtratores Eccleſiarum & piorum locorum tutoribus æquiparentur; cum tamen *Clement. II. de relig. dom.* iſtam comparationem ultra juramenti præſtationem, inventarii confectionem & rationum redditionem, non extendat. De civitatibus, earumque jure taciti pignoris in bonis adminiſtratorum extat *L. ult. C. quo quisque ordin.*

 DE-

Delatae tutelae) Vel potius, cum hodie nemo tutelam suscipiat prius, quam a magistratu confirmatus est, a die confirmatæ tutelæ. Cæterum, qui hanc hypothecam cum jure prælationis conjunctam credunt, omnino errant. Nam *L. XX. C. de administr. tutor.* & Novell. *CXVIII. cap. V. in fin.* tale privilegium nescit, Jure vero Digestorum, ne hypotheca quidem, sed jus personale solum, pupillis tributum est, ut ex *L. ult. de tutel. & ration. distrah. L. XIX. §. I. de reb. auctor. judic. possid. junct. L. IX. C. qui potior. in pignor.* apparet. add. Struv. *Exerc. XLIV. th. XLIX.* Berger. *Elect. Discept. Forens. p. 1490.*

In bonis parentis superstitis) Hanc hypothecam Leges nonnisi ratione dotis maternæ concedunt *L. VI. §. IV. C. de bon. quæ liber. L. VIII. § III. sq. de secund. nupt.* ratione cæterorum adventitiorum hypothecæ jus plane denegant, *d. L. VI. §. 2. cap. de bon. quæ liber.* Secus Jure Saxonico. Praxin itaque extra Saxoniam, quæ præter legem hoc pignoris jus liberis ratione adventitiorum tribuit, solido destitui fundamento, vix negari potest.

## Aphor. XVI.

In invectis et illatis) Præsupponitur tamen, res istas eo fine invectas & illatas esse, ut perpetuo, id est, ad finitam usque locationem, ibi maneant *L. VII. D. in quib. caus. pign. vel hypothec.*

## Aphor. XVII.

A quovis possessore petit) Multum tamen interest, utrum hac actione contra ipsum debi-

debitorem utamur, an contra tertium. Illo in casu I) sufficit, probare creditorem, debitorem rem oppignoratam possidere, arg. *L. XLI. de pignor. act.* si modo de ipsa oppignoratione ex obligatione vera antecedente constet, cum sufficiat, rem a debitore oppignoratam esse. Sed, si cum tertio rei oppignoratæ possessore res sit, actor probare debet legitimam oppignorationem, & præterea, rem bona fide a debitore fuisse possessam, si tertius a debitore causam habeat. Sin non habeat, dominium debitoris tempore oppignorationis probare debet *L. XVIII. de pignor. & hypoth. L. IX. §. IV. D. de Public. in rem act.* BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. III. §. XCIX.* Imo, si lis sit cum tertio possessore, qui & ipse rem pignoris titulo possidet, tempus hypothecæ constitutæ exprimendum est, ut constet, quis prior tempore fuerit. Porro II) in illo casu petitum alternative formari potest, ut vel debitum solvat, vel pignus tradat, quod contra tertium possessorem non procedit. Nam obligatio, ut debitum solvatur, hæret in persona debitoris, non tertii possessoris, qui cum creditore non contraxit. Quamvis igitur solvere possit, si velit, quo possessionem rei sibi conservet, solutio tamen hæc solum in arbitrio possessoris est, non in actione creditoris *L. XVI. §. III. de pignor. & hypoth.* BACCHOV. *de pignor. Lib. III. cap. XII. n. 8.* Solent tamen ex æquitate ejusmodi libellum alternativum sustinere Doctores, vid. BÖHMER. *Diss. de libell. alternat. cap. III. §. VI.* Id, quod expressa lege in Saxonia Electorali judicibus

cibus injunctum est. vid. ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. V. §. II.* Imo nec refragari videtur ipsum jus Civile & Canonicum Conf. *L. II. C. Si unus ex plur. hered. c. V.* Ẍ. *de Pignor.* III) Nonnunquam tertius possessor urgere potest exceptionem excussionis, de quo mox videbimus. Plures differentias vide in BÖHMERI *Jur. Digest. tit. de pignor. & hypoth. §. X. sqq.*

## Aphor. XX.

ET EXCUSSI) Imo in alio sensu debitor quoque, a creditore actione reali hypothecaria conventus, exceptione excussionis utitur, si specialem hypothecam creditori constituerit, addita generali, & creditor jam, prætermissa speciali, aliam rem ex bonis debitoris persequitur *L. II. C. qui potior. in pignor.* MEVIUS *P. IV. Decis. XLVIII.* PISTORIS *P. III. qu. XIII. n. 8.* Ea enim præprimis inter generalem & specialem hypothecam intercedit differentia, quod ibi creditor eligere possit, ex qua re commodius suum consequatur, salva etiam variatione MEVIUS *P. VII. Decis. CCLXXXIII.* hic vero electio & variatio cesset. Si vero utraque species conjungatur, nisi inter partes de clausula, salvo jure variandi, conveniat, id actum videtur, ut specialis hypotheca principaliter obligata, generalis vero in subsidium addita sit BRUNNEMANN. ad *d. L. II. C. qui potior. in pign.* Quod quidem ab aliis, sigillatim a CARPZOVIO *P. II. Constit. XXIII. def. XIX. n. 13. sq.* & a BERGERO *in Elect. Disceptat. Forens. p. 1630.* negari, eosque defendere, video, allegatam legem tertio

tertio ſolum poſſeſſori, qui de rebus debitoris, generali hypotheca ſubjectis, quædam tenet, proſpicere, non debitori. Verum ubique certe par adeſt ratio, nec genuina diſparitas allegari poteſt. Creditor ergo ſibi recte contra debitorem proſpicit, quando eum renunciare exceptioni excutiendæ prius hypothecæ ſpecialis curat. Creditor tamen, qui jam hypothecam generalem tacitam ex lege habet conſtitutam, ſi præterea de ſpeciali hypotheca acquirenda ſollicitus fuit, ad hanc prius excutiendam obligatus non videtur, cum probabile non ſit, eum hoc ipſo conditionem ſuam deteriorem facere, & arbitrio eligendi ex rebus, in genere obligatis, unde ſuum conſequatur, quod jus ipſi expreſſe concedit *L. VIII. D. de diſtract. pignor.* renunciare voluiſſe, vid. LEYSER. *Spec. CCXXV. med. VII.*

IN SPECIALI HYPOTHECA PROCEDERE) Qua de re inter Doctores tamen non convenit, quamvis plurimi ſint, qui cum Auctore faciunt, add. WERNHERUM *P. I. Obſ. CXXX. P. V. Obſ. XXXVI.* Et quod mirum eſt, utraque pars opinionem ſuam auctoritate NOVELL. *CXII. cap. I.* corroborare ſtudet. Omnis controverſia igitur de ſenſu hujus legis agitur. Sed vereor, ne cauſam perdant, qui excuſſionis exceptionem poſſeſſori hypothecæ ſpecialis concedunt. Nam, ſi quid video, Novella regulam proponit: de re litigioſa neminem cum tertio poſſeſſore agere poſſe, nondum excuſſo debitore principali. Deinde vero limitationem addit, niſi ſpecialis rei iſtius hypo-

potheca accesserit. Sic vero rem litigiosam ab hypotheca speciali in re litigiosa clare distinguit. add. HAHN. *ad Wesenbec. tit. de distract. pignor.* §. *I.* BERGER. *Elect. Discept. Forens. p. 1479.* HVBER. *Prælect. ad Dig. tit. de pignor. & hypoth.* §. *IX.* THOMASIVM ad STRAVCH. *Diss. XXII. thes. III.*

NOTORIE NON SIT SOLVENDO) Id quod sine dubio existit tunc, quando concursus creditorum contra debitorem excitatus est. Quia, etiamsi, moto concursu, incertum sit, annon creditori inde satisfieri possit, certum tamen omnino est, debitorem solvendo esse desiisse MEVIVS *P. V. Decis. CXCVII.* vid. BERGER. *P. I. Supplement. ad Elect. Disc. Forens. p. 653.*

COMPARAVERIT) Nec præter scientiam hic amplius quid requiritur. Ex ea enim dolus resultat & consequitur. Leges vero generatim concedunt, ut contra tertium doli participem actio revocatoria institui possit ab eo, qui jus etiam personale tantum ex pacto quæsitum rei istius intuitu habebat *l. I. D. & C. de his, quæ in fraud. credit.*

CONSTITVTVM POSSESSORIVM) Id enim eum effectum habet, ut veram possessionem in creditorem transferat, & debitor tanquam nomine creditoris rem pignori obnoxiam possideat. Quapropter creditori remedia possessoria non sunt deneganda MEVIVS *P. V. Decis. CLIX. sq.* nec locum sibi vindicare potest exceptio excussionis GAIL. *Lib. II. Obs. VII.*

SIT APPOSITVM) Operatur enim hoc pactum,

ctum, ut alienatio, contra illud suscepta, nulla sit, nec effectum transmittendi dominii habeat, cum res in tertium transeat cum sua causa add. *L. V. C. si mancip. ita fuer. alienat. L. fin. C. de reb. alien. non alienand.* add. STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. II. cap. IX. §. XVI.* Interim consultum est, ut expresse adjiciatur lex commissoria, scilicet contractum ipso jure debere esse nullum, si contra pactum res distracta fuerit IDEM *d. tr. Sect. I. cap. III. §. XXXIII.*

## Aphor. XXI.

AVCTORITATE JVDICIS OPVS EST) Generatim quidem privata bonorum debitoris occupatio crediti amissione punitur. *L. XIII. D. quod met. caus. L. VII. C. unde vi.* Sed cessat hæc poena, si debitor pacto ingrediendi facultatem concedat *L. III. D. de pign.* cum volenti non fiat injuria. Verum tamen, quia pactum hoc veram possessionem in creditorem non transfert, nisi auctoritas magistratus accesserit, utile omnino est, ut creditor a debitore declarationem addi curet, quod possessionis occupationem, privata auctoritate factam, legitimam agnoscere velit. Ut autem creditor, resistente debitore, fundum tamen ingrediendi jus acquirat, nullo pacto effici potest, cum id ipsum bonis moribus, & quieti publicæ adversum sit BRUNNEMANN. *ad d. L. III. C. de pignorib.* CARPZOV. *Lib. I. Resp. V. n. 17.* Recte igitur vi dejectus contra dejicientem utitur actione spolii, ad eum effectum, ut, rejecta in petitorium quæstione de jure dejicientis, in pristinam posses-

sio-

ſionem reſtituatur, ut ſæpius reſponderunt Scabini Jenenſes. Id tamen negare nolo, poſſe judicem imploratum ob tale pactum celeriter procedere, atque debitorem, reſervatis ejus exceptionibus ad reconventionem, expellere Coler. *de proceſſ. Execut. P. II. cap. V. n. 54.*

## Aphor. XXIV.

Jus distrahendi ) Si nempe debitor in mora ſolvendi vel per diem, ſolutioni deſtinatum, vel prævia interpellatione, ſi tempus ſolutioni dictum non eſt, conſtitutus ſit *L. VII. L. XIV. C. de diſtract. pignor.* Erat autem in creditoris arbitrio olim poſitum, utrum extrajudicialiter pignus diſtrahere vellet, an judicialiter contra debitorem experiri. Hic nullis ambagibus opus, ſed, ſi debitor, de ſolutione peragenda admonitus, adhuc moram necteret, ad venditionem publicam judex progrediebatur. Ibi intererat, utrum pactum debitorem inter & creditorem interceſſiſſet de pignore vendendo, an conventum eſſet, ne venderetur, an denique plane nihil de diſtractione dixiſſent. Iſto in caſu creditor, elapſo ſpatio, ſolutioni deſtinato, confeſtim pignus diſtrahendi habebat facultatem §. *I. J. quib. alien. lic.* Illo in caſu trina denunciatione de inſtanti venditione, per congrua intervalla debitori facienda, opus erat *L. IV. D. de pign. action.* Hoc denique in caſu una ſufficiebat denunciatio, ut deinde poſt lapſum biennii venditio fieri poſſet. *L. fin.* §. *I. C. de jur. dom. impetrand.* Ceterum creditor vendens inſtar procuratoris erat, qui, ut nomine debitoris vende-

venderet, ex ipsa lege mandatum habebat. Quare I) bona fide in vendendo agere debebat, nec fraudem adhibere, alias tenebatur ad interesse *L. IV. & VII. C. de distract. pignor.* II) hyperocham, id est, id, quod post venditionem fundi in ejus pretio, deducta sorte, cum usuris & expensis, reliquum erat, restituere debebat. *L. XXIV. §. I. de pignor. act.* Et si dolose rem minoris venderet, actio pignoratitia locum habebat. *L. IV. C. si vend. pign. agat.* III) ad evictionem præstandam non erat obligatus *L. X. & XII. §. I. D. de distract. pign.* Sed mores nostri privatam pignoris venditionem vix tolerant, cum utriusque intersit, ut publica fiat auctoritate, ne vel debitor vel creditor pretio, justo minore, pro re soluto, damnum incurrat. Quare judicem adire solemus, ut debitori spatium legale, intra quod solutionem peragere commode possit, præstituat, accedente vero mora, debitorem ad videndum distrahi pignus, citet, & postea, nisi debitor obligationi ex asse satisfaciat, pignus, prævia auctione vel subhastatione, plus licitanti adjudicet.

## Aphor. V.

Remittentis pignus) Fit hoc vel expresse vel tacite. Tacite creditor pignus remittit, quotiescunque tale ejus factum adest, quod directo facit ad conjecturam, pro facta remissione capiendam. Nam quousque adhuc capi potest interpretatio, quæ creditoris juri non nocet, ea semper est præferenda, maxime, cum renunciatio juris non facile præsumatur. Quamvis igitur ta-

cite remitti jus pignoris, dicunt, si creditor pignus reddat, *L. III. D. de pact. L. VII. C. de remiss. pignor.* si porro in alienationem pignoris consentiat *L. I. sqq. C. Eod.* si denique in oppignorationem consentiat *L. XII. pr. D. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit.* ubique tamen non ad factum solum ipsum, sed ad intentionem magis, quam creditor præsumtive habuit, respiciendum est. Nam v. c. Qui pignus solum reddit ad certum usum, qui, retento pignore, instrumentum, super contractu pignoris confectum, reddit, jus pignoris neutiquam remittit. Sic porro creditori non nocet sola scientia, pignus a debitore vendi, *L. VIII. §. XV. Si pign. vel hypoth. solv.* nisi programma publicum præcesserit *L. VI. & VIII. C. de remiss. pignor.* Non nocet consensus, cum reservatione juris datus, *L. IV. §. I. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* quod vel in ipso pretio, ex re oppignorata redacto, conservari potest. Non nocet etiam consensus, si alienatio non subsequatur *L. VIII. §. XII. Eod.* Imo expressus & purus consensus interveniens, si ipsa alienatio sit temporalis, & res, ex pacto, venditioni adjecto, ad debitorem revertatur, non facit cessare jus pignoris in perpetuum, sed idem illud jus iterum reviviscit, si res ad pristinum dominum fuerit reversa *L. XI. C. de remiss. pignor.* Sic denique consensus in oppignorationem ulteriorem, nisi aliud expresse actum, ita accipiendus est, ut creditori ipsum jus pignoris salvum maneat, & ratione temporis solum ille, in cujus gratiam consensit prior creditor, præferatur.

Ra-

RATIONE OBLIGATIONIS PRINCIPALIS) Solvitur etiam præter casum ab Auctore allegatum I) Tempore, si tanquam terminus ad quem adjectum *L. VI. pr. D. quib. mod. pign. vel hypothec.* sive publicum, sive privatum pignus sit. Quod eatenus verum est, ut ne opus quidem sit clausula cassatoria, quam alias desiderat FINCKELTHAVS *in Append. observ. posthum. Obs. VII.* Nam huic opinioni obstat lex allegata, cui junge *L. IV. pr. de Servit.* add. CARPZOV. *P. II. Const. XXIII. def. XXXIV.* BERLICH. *P. I. Concl. LXVI.* Quapropter creditor id agat, ut vel debitorem post temporis lapsum statim interpellet judicialiter, vel ante lapsum renovationem consensus a judice imperret LEYSER. *Spec. CCXXXIV. med. II.* II) Resoluto jure dantis, sive extincto jure debitoris ipsius, quod in re oppignorata habuit, modo tamen 1) ipso jure & per se resolvatur dominium debitoris, 2) non ex accidenti, 3) præter voluntatem debitoris *L. III. in fin. D. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit.* add. *L. XLIII. § VIII. de ædilit. edict.* & ea, quæ de hoc argumento late disserit VINNIVS *Lib. II. Select. jur. quæst. cap. V.*

PRAESCRIBI POSSIT) Quæ sententia per se certa, & in *L. XIII. D. de usurpat. & usucap.* fundata est add. MYNSINGER. *Cent. I. Observ. XVI.* CVJACIVM *ad L. XVI. D. de usurpat.* Sed, rationes opinionis, quas afferre solent, rem vix conficiunt, ut solide & erudite demonstrat LEYSER. *Spec. XLV. med. IX.* Vera & unica

causa extat in *L. II. C. de præscript. XXX. annor.* quia scilicet nemo sibi ipsi titulum possessionis mutare, & rem, quam pignoris titulo tenet, ex alio titulo sibi habere potest. Præterea quoque lucem huic argumento foenerantur *L. XXXIII. § I. L. XLIV. §. V. D. de usurpat. & usucap. L. III. §. XIX. L. XIX. §. I. D. de acquir. vel amitt. possess. L. II. §. I. pro hered.* Recte igitur Praxis hanc veritatem servat, quod actioni pignoratitiæ ante solutionem debiti nunquam præscribatur, quicquid dissentiant BRUNNEMANN. *ad L. IX. de pignor. action.* LYNCKER. *in Analect. ad tit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. §. XLIX.* & VINNIUS *Lib. II. Select. qu. jur. cap. VI.*

## Tit. XXXVI.
## De Jure possessionis.
### Aphor. I. II. & III.

POssessio sumitur vel in sensu Grammatico vel in sensu Juridico. Ibi consistit in nuda detentione corporali rei cujusdam, *L. I. D. de acquir. possess.* vocaturque nuda possessio, & eo respectu naturalis quoque ac in nudo facto consistere dicitur, *L. VII. §. XI. Commun. divid. L. XXXVIII. §. VII. de Verbor. obligat.* Talem habent depositarius, commodatarius, omnesque illi, qui alieno nomine possident. Hi tamen in sensu juris possessionem sibi adscribere nequeunt, nec ullos hæc ipsa possessio producit peculiares effectus. Quid, quod ne ad eum quidem effectum ille, qui rem solum detinet, pro possessore habeatur,

tur, ut actiones reales contra eum locum habeant, sed recte utitur exceptione laudationis, sive nominationis *L. II. C. ubi in rem.* sola fere actione ad exhibendum excepta, cum ejus intuitu lex simpliciter possessori imponat obligationem ad exhibendum *L. III. fin. D. ad exhibend.* Ex quibus facile patet, possessionem hanc naturalem, quæ facti solum est, inter jura in re referri non posse. Ast in sensu juridico possessio consistit in detentione rei, cum animo rem sibi habendi, & sigillatim civilis vocatur. Et de hac, quin sit species juris in re, dubitare non possumus. Quamvis enim alii hoc negent, commoti ea ratione, quod jura quis possit habere absque possessione *L. XII. §. I. de acquir. vel amitt. possess.* quodque alios effectus operetur proprietas, alios possessio; certissimum tamen est, eum, qui possessionem civilem semel acquisivit, nemini cedere debere, quousque pinguius jus, quod possessionis jus vincit, non demonstravit. Eoque nomine & remediis possessoriis contra quemvis turbantem utitur. Cæterum ipsa possessio civilis & juridica, licet effectus ejus semper sit unus idemque, denuo tamen duplici iterum in sensu accipi, eique ideo diverso significatu naturalis possessio contradistingui solet. Nam qui animo, rem sibi habendi, eidem insistit, ille vel corpore & animo simul insistit, isque naturaliter possidere dicitur, dum possessio civilis cum naturali facto conjuncta est, vel animo tantum, eaque civilis vocatur *L. I. §. XXIV. de vi & vi armat. L. I. §. III. & XIII. D. & L. X. C. de acquir.*

*vel amittend. possess.* Porro possessor vel ita rei insistit, ut, tanquam dominus, quemvis alium excludat, quæ possessio denuo civilis appellatur *L. XXII. §. I. de noxal. act. L. XXVII. D. de usur.* vel rem solum ob aliud jus in re competens tenet, v. c. usufructuarius, creditor pignoratitius, isque naturaliter iterum possidet *L. XII. pr. L. XLIX. de acquir. vel amitt. poss. L. XXXVII. de acquir. rer. domin.* Ipsos vero hos significatus varios merito sectis antiquorum JCtorum adscribit MERILLIUS *Lib. II. Observ. cap. XXXI.*

## Aphor. IV.

PERSONAS QUOD SPECTAT) Nempe, cum generatim possessio in sensu juridico non sit absque animo rem sibi possidendi, facile patet, neminem possessionem acquirere posse, nisi, qui animum possidendi habere potest. Furiosus igitur & infans possessionem non acquirit. Imo furiosus neque per se, neque per alium, olim possesionem acquirere poterat, cum vix admitterent Romani, ut alter per alterum acquireret. Sed, sublato hoc principio, nil obstat, ne per alium vel per curatorem acquirat, quod generale est in omnibus iis, qui per se possessionis non sunt capaces. *L. I. §. III. L. XXXII. §. II. de acquir. vel amitt. possess.* De infante quoque extat peculiaris *L. III. C. Eod.* ex qua apparet, quod infans res donatas acquirere possit, quamvis eam plerumque de acquisitione rerum mobilium explicare soleant. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. I. cap. II, §. VI.*

Aph.

## Aphor. V.

ACQVIRITVR POSSESSIO) Acquiritur nempe corpore & animo simul *L. III.* §. *I. L. VIII. D. de acquir. vel amitt. possess.* Neque enim detentio sola jus possessionis operatur, neque animus rem sibi habendi absque apprehensione possessorem facit. Sic vero duo requiruntur I) factum apprehensionis, II) animus rem sibi possidendi. add. *L. XLI. de acquir. vel amitt. possess.* Indeque fluit, quod ne quidem solo animo absque facto interveniente quis causam possessionis sibi mutare possit v. c. si quis, qui nomine alieno hucusque possedit, jam suo nomine possidere velit. *L. II. C. de præscript. XXX. annor.* Quodsi vero tale factum accedat, ex quo constat, possessorem velle causam possessionis suæ mutare, alterque acquiescat, & lapsus simul temporis accedat, id omnino efficit, ut possessionem ex nova causa acquiramus. Cæterum animus ex facto colligitur, modo tamen id ipsum ad apprehendendam possessionem directo tendat. Factum enim ambiguum, quodque aliam interpretationem admittit, non sufficit. *L. I.* §. *II. de peric. & commod. rei vend.* Præterea, ex apprehensione partis, possessionem totius fundi apprehensam esse, præsumitur *L. III.* §. *I. D. de acquir. vel amitt. possess.* modo tamen iterum pars non apprehensa vacans sit, eique nemo jam insistat, *L. XVIII.* §. *III. & IV. L. LII.* §. *I. D. Eod.* Nam apprehensio possessionis nil operatur, nisi possessio vacua sit, cum, si alius jam rei insistat, ex parte apprehendentis desit primarium possessionis ac-

acquirendæ requisitum, facultas scilicet rem retinendi, eique insistendi. Indeque recte concludit LEYSER. *Spec. CCCCLII. med. IV.* eum, qui se in compossessionem mittit, vim facere. Verum & hoc inde generatim apparet, actum possessorium, qui, licet unicus sit, alias possessionem tribuit *L. I. §. IV. de aqu. quotid.* tum tamen effectum nullum producere, quando contradictus est. Quo etiam fit, ut actus, qui liti causam dedit, possessionem neutiquam tribuat MEV. *P. II. Decis. CLXXXVIII. P. III. Decis. XCI.* STRYCK. *de investigand. action. Sect. II. membr. II. §. VIII.* modo ad istum actum adversarii factum non simul concurrat. MEVIUS *P. VIII. Decis. LXIII.* Exemplum vid. apud WERNHERUM *P. II. Obs. CCCC.* Quæ cum ita sint, facile patet, non satis consulere Advocatos clientibus suis, qui de probanda possessione solliciti generatim possessionis mentionem faciunt, actuumque specialium enumerationem negligunt. Sigillatim, negligentes ea in re fuisse causarum patronos, animadverti, ubi de possessione vel quasi juris prohibendi, & exclusione alterius ab usu alicujus juris, lis agitur. Credunt enim, id sufficere, quando articulos simpliciter ad exercitium juris dirigunt, cum tamen sigillatim probare debeant actus prohibitivos, cum alterius acquiescentia conjunctos, add. WERNHER. *P. I. Obs. LXXXVII.*

## Aphor. VI.

CONSERVATUR) Facilius nempe retinetur possessio, quam acquiritur. Retinetur enim solo ani-

animo, etsi alter rem alterius nomine detineat *L. XLIV. sqq. de acquir. vel amitt. possess.* Imo cùm possessio non nisi animo & corpore simul amittatur, nec nocet possessori furor superveniens *L. XXVII. D. Eod. L. IV. §. III. D. de usucap.* Quod vero diximus, animo conservari possessionem, id ita intelligendum est, si quis corpore ad possessionem reverti possit. Qui enim, dum alter possidet corpore, vim majorem veretur, & ideo reverti novult, retinere possessionem animo nequit, cum jam desit animus possidendi, absque quo possessio non continuatur, eoque in sensu coacta voluntas etiam voluntas est *L. VII. L. XXV. §. II. in fin. de acquir. vel amitt. possess.* Sic quoque, qui revertitur ad possessionem, nec tamen admittitur, possessor esse desinit *L. VI. §. I. D. Eod.* Idem dicendum est, si quis furto rem amittat *L. XV. Eod.*

## Aphor. VII.

Consistit in genere) In specie autem possessio præsumtionem operatur pro possidente, quod juste possideat, quousque contrarium non est probatum *L. II. C. de probat.* & sic I) ubi de dominio incidenter quæstio est, id ipsum ex possessione justa recte probatur, II) in pari causa semper melior ratio est possidentis *L. X. de pignor. L. VIII. de condict. ob turpem caus. L. LXXII. de Rei Vindic. L. XXXI. §. fin. de action. emti.* II) in dubio pro possessore est pronunciandum. *L. CXXV. & CXXVIII. de Reg. Jur.* Sigillatim, quando petitorium judicium tumultuarie motum est, reus,

qui possessionem probavit, in possessione recte defenditur, reservata actori facultate, petitorium rectius instituendi BERGER. *Elect. Proc. Possess.* §. *XLII.* WERNHER. *P. VI. Obs. CCLXXVIII.* Imo, generatim, cumulato cum possessorio judicio petitorio, si probationes proprietatis liquidæ haut sint, judex super solo possessorio cognoscere potest CARPZOV. *Lib. I. Resp. LXXI.* BERGER. *d. l.* III) non tenetur possessor, ut titulum possessionis suæ edat *L. XI. C. de petit. hered. L. XXVIII. C. de Rei Vindic.* modo tamen possessor non exercere velit jus, cujus privatus per se & citra concessionem Principis non est capax, vel etiam actor & petitor jus suum non satis probavit MEVIVS *P. VI. Decis. CLI. P. VIII. Decis. CCXLVIII.* Nam in *L. XVI. C. de probat.* clare statutum est, ut tum possessor titulum edat. add. STRYCK. *Diss. de necessit. edendi titul. suæ possessionis.* Frustra enim de possessorio quæritur, ubi de petitorio constat, cum id ipsum possessorium absorbeat *c. VI. de caus. possess. & propriet.* MENOCH. *de recuper. possess. remed. XV. n. 367.* Porro hoc jus possessoris est, quod fructus, si modo in bona fide fuerit, suos faciat, liberatur etiam possessor a cautionis judicialis præstatione. Quæ jam alibi indicavimus, & infra ulterius explicabimus.

ET PRECARIO POSSIDEAT) Quod Juri Romano omnino convenit, quo ad eum effectum, ut quis in possessione contra eum, qui non possidebat, tueretur a Prætore, requirebatur, possessionem vitiosam non esse *L. I. §. V. D. Uti possidet.* Quod-

Quodsi igitur altera pars probaret, possessorem vi, clam, vel precario possidere, ipsa possessio non proderat. Verum hodie multum interest, utrum quis utatur pro retinenda possessione judicio possessorio momentaneo, an possessorio judicio ordinario. Quamvis enim in utroque de sola possessione sermo sit, utrumque etiam se eo nomine a petitorio distinguat, in quo de ipso jure in re v. c. dominio agitur, ad victoriam tamen, in possessorio summarissimo sive momentaneo obtinendam, sufficit, ut actor demonstret, se possessorem esse, quia simplex factum possessionis respicit, cum e contrario in possessorio ordinario præterea requiratur, ut quis legitime possideat, & ex justo titulo. Hoc itaque exceptiones de vitiosa possessione admittit, quæ in illo plane cessant. Judex enim, dum hic solum factum spectat, insuper omnino habet, quo modo, bona an mala fide, quis possideat, & ipsam controversiam de ista qualitate in possessorium ordinarium rejicit, ne interim, dum de his qualitatibus disputatur, partes præsentaneæ possessionis obtentu ad arma veniant. PFANKUCH. *de possessor. summar. Lib. I. cap. VI. n. 11.* BERGER. *Elect. Proc. Possess. th. XXII.* WERNHER. *P. II. Obs. CCCCXXXIV.*

IN CONTINENTI) Quod tamen cum aliqua latitudine admittendum. Nam & is, qui, dum majorem vim adhibenti resistere nequit, atque ideo dejicitur, statim id agit, ut homines sibi adjungat, eorumque auxilio stipatus, post temporis aliquod inter-

tervallum redit, & vim adhibet, ut iterum dejiciat alterum, in continenti dejicere videtur.

## Aphor. IX.

PER REMEDIA CONVENIENTIA) Nempe per remedia manutenentiæ, sive interdicta retinendæ possessionis, quæ hunc producunt effectum, ut judex, modo ipsi de possessione fides fiat, possessorem contra turbantem defendere debeat. Caveat tamen possessor, ne causam proprietatis admisceat possessorio. Quamvis enim alias ex cumulatione petitorii & possessorii ista utilitas redundet, ut judex de alterutro pronunciare possit, hæc tamen cumulatio in interdictis solum, quæ ad adipiscendam vel recuperandam possessionem tendunt, non in interdictis retinendæ possessionis, locum sibi vindicare potest, siquidem illa etiam dantur iis, qui corpore non possident, & sic certo modo cum judiciis realibus coincidunt, hæc vero præsupponunt, ut quis actu possideat corpore. BÖHMER. *de actionib. Sect. III.* §. *IV. & V.* Quamvis, ut verum fateamur, ista possessorii & petitorii remedii cumulatio cum juris Civilis dispositione aperte pugnet *L. III. C. de interdict. L. III. C. de Rei Vindic.* magisque erroneis Juris Canonici principiis originem debeat, vid. BÖHMER. *Jur. Eccl. Protestant. Lib. II. Tit. XII.* §. *II. sqq.*

## Aphor. X.

AMITTITUR POSSESSIO) Nempe amittitur animo iterum & corpore simul *L. VIII. D. de acquir.*

*acquir. vel amitt. possess.* Ita tamen in regula solum. Nam dantur casus, ubi solo animo, dantur etiam, ubi solo corpore possessio amittitur. Id fit, quando quis rem, quam hucusque suo nomine possedit, nunc ex pacto antecedente alieno nomine possidere incipit *L. III. §. VI. Eod.* quod sigillatim contingit ob constitutum possessorium. Hoc fit, quando quis invitus possessionem amittit. Dum enim derelinquere cogitur possessionem, intentio possidendi, quippe quæ in actum deduci nequit, inanis est. Sic possessionem rei, furto surreptæ, vel vi ablatæ, amittimus *L. XV. D. Eod.* Eodem modo possessio nostra desinit, si quis judicis auctoritate in bona nostra missus est *L. XXX. §. II. Eod.* Pari ratione possessio nostra intervertitur, si depositarius, commodatarius furti faciendi causa rem nostram contrectet *L. III. §. XVIII. Eod.*

## Tit. XXXVII.
## De interdictis, seu remediis possessoriis.

### Ad Rubricam.

INterdicta ab interdicendo nomen habent. Prætor enim in causis, in quibus de possessione lis erat inter partes, cum illæ ipsæ sæpius ambages vix admitterent, summatim cognoscebat, atque mox solenni formula interdicebat, hoc est, jubebat aliquid fieri, vel prohibebat. Dicta etiam ideo sunt remedia possessoria, cum ut pluri-

plurimum de possessione lis esset, quamvis etiam dentur interdicta, quæ ad causam proprietatis pertinent, eamque finiunt. Ipsa vero ratio, quod celeriter hic Prætor procederet, præter eam, quam allegavimus, & hæc erat, quia condemnato in causa principali nullum inferebatur præjudicium, sed salva semper de dominio & jure disputandi manebat facultas. Et licet postea sub Imperatoribus interdictorum formulæ sint sublatæ *tot. tit. C. de formul.* id tamen ex ratione eorum peculiari remansit, quod ad exemplum eorum res agi deberet *L. III. C. de interdict.* id est, quod celerrime adhuc res expediretur, &, omissis processus ordinarii solennitatibus, extra ordinem causa cognosceretur, *L. fin. C. Eod.* quo nomine etiam interdicta extraordinariis cognitionibus annumerantur. Neutiquam vero Jure Civili, quod jam dixi, proprietatis causa admisceri poterat possessorio. Sed hoc statutum erat, ut de causa possessorii ante petitorium fieret judicium, possessorium autem petitorio non præjudicaret. *L. XIV. §. fin. de except. rei judic.* Præterea & illi, qui causam proprietatis prius in judicium deduxerat, concedebatur facultas, illam iterum repudiandi, &, refusis expensis, ad possessorium confugiendi *L. XVIII. §. I. de vi armata.* Sed multa hic jus Canonicum contra juris Civilis rationem invexit, sigillatimque permisit, ut possit causa proprietatis cum causa possessionis cumulari *cap. V. X. de caus. propriet. & possess.* ut judex de alterutra possit pronunciare *c. II. sqq. Eod.* ut judici, etiam possessorio solum

insti-

instituto, liceat de petitorio cognoscere, si de eo clare constet *cap. VI. Eod.*

## Aphor. I.

ET ORDINARIUM SEU PLENUM) Differentiam præcipuam ratione medii concludendi jam supra indicavi. Id solum addam, optimam cautelam esse, ut, qui de possessione, maxime retinenda, agit, omni modo abstineat ab allegatione qualitatis possessionis, & se unice in facto possessionis fundet, ne vel contra eum fiat præsumtio, quod possessorium ordinarium magis & petitorium elegerit, vel pars adversa occasionem arripiat, disceptationem de proprietate instituendi, judicemque inducat, ut super petitorio potius, quam possessorio cognoscat, eo ipso vero actor privilegium causæ possessoriæ amittat. Et si ex re sua actor forsan putet, judici exponendas esse possessionis qualitates, dum tamen jura petitorii allegat, protestetur simul, id fieri tantum pro coloranda possessione, non animo sese in petitorium intromittendi CARPZOV. *P. I. Const. XXVI. def. VII. n. 9.* Utut enim WERNHERUS *P. IV. Obs. LXXXIX.* opinetur, allegationem jurium non in præjudicium actoris interpretandam, sed ex indole processus instituti eidem actori succurrendum esse, ne privilegio causæ excidat, quod æquum omnino videtur, vix tamen hæc opinio omnium calculo approbatur, & sic consultius omnino est, ut vel abstineamus ab allegatione jurium, vel minimum protestemur, ne noceat add. LUDOVICI Einleit. zum *Civil. Proc. cap. IX. §. XXIV. cap. II. §. XIV.*

CE-

Celeriter ac summarie proceditur) Sigillatim de jure Romano I) admittuntur probationes leviores, ſeu demonſtrationes nudæ, ita quidem comparatæ, ut judici fides fiat de facto poſſesſionis II) exceptiones altioris indaginis, quæ non in continenti liquidæ fieri poſſunt, ceſſant, & ad proprietatis quæſtionem rejiciuntur *L. ult. C. quor. bonor.* III) appellationes & remedia ſuſpenſiva contra ſententiam, quæ alterum in poſſesſione tuetur, locum ſibi non vindicant. *L. VI. C. quor. appell. non recip. L. un. C. ſi de moment. poſſ. fuer. appell. L. VII. pr. D. de appellat. recip. vel non.* Verum tamen & hic denuo jus Canonicum quædam mutavit, & certo modo remedia ſuſpenſiva toleravit, quo de argumento infra, ubi de proceſſu ſermo eſt, plura dicemus. Conf. interim Stryck. *de action. inveſtig. Sect. II. membr. III. §. IX. & in Diſſ. de appellat. non ſuſpenſ. cap. III. §. XX. ſqq.* Berger. *in Elect. Proceſſ. Poſſesſorii.*

Ordinarium seu plenum est) Ut huic argumento faciamus ſatis, inquirendum adhuc eſt, quænam interdicta poſſeſſorii ſummarii, quænam ordinarii ſint objectum. Plerique de omni poſſesſione, ſive adipiſcenda, ſive retinenda, ſive recuperanda, in poſſeſſorio ſummario agi poſſe, contendunt. Alii, de adipiſcenda poſſesſione in ordinario agendum eſſe, putant. Alii omnia interdicta objectum ordinarii dicunt, ſolo interdicto retinendæ poſſesſionis excepto, inter quos eminent Berger. *in Elect. Proc. Poſſeſſ. §. IV.* Ludovici in

der

der Einl. zum *Civil-Proc. cap. II. §. XX. sqq.* Idque omnino verum esse, probat LEYSER. *Spec. CCCCXCIX. med. I. sqq.*

VBI SCILICET OPVS LIBELLO) Invaluit igitur in Praxi, ut possessorium ordinarium, simulac super possessione præsentanea judex cognovit, instituatur, & novus processus inchoetur, a capite ad calcem usque ad regulas artis accommodandus. Quod tamen analogiæ juris Romani non convenit. In judicio enim summarissimo lis de possessione non finitur, sed suspenditur solum, & præparatur per sententiam provisionalem & interlocutoriam, quo melius constet, quisnam actoris partes in quæstione super possessione sustinere debeat, quis rei. Hac vero ratione non opus esset, ut ad novum processum confugeremus, sed recte ageret ille, cui possessorium ordinarium reservatum est, si se statim ad probationem melioris possessionis accingeret, BÖHMER. *de actionib. Sect. II. cap. IV. §. XV. & XVI.*

## Aphor. II.

MANDATA VEL CVM VEL SINE CLAVSVLA) Sunt hæc, quibus absolute aliquid sub poena injungitur, ea efficacia, ut admonitus vel parere & paritionem docere, vel videre debeat, se in poenam, mandato insertam, declarari. STRYCK. *Introd. ad Proc. cap. III. §. XIII.* Tam arcte vero ligant, ut vix aliam exceptionem, quam sub & obreptionis, admittant. FRIDERVS *de mandat. Lib. II. cap. XV. §. II.* Cumque speciem executionis habeant, & contra non auditum in li-

mine ſtatim proceſſus decernantur, facile patet, judicem ab iis, ſi cauſa juſta deſit, abſtinere debere. Quare nec locus ipſis eſt, niſi in quatuor caſibus, quos enumerat ORDIN. CAMER. *P. II. Tit. XXIII.* ſcilicet I) ſi quis directo contra legem prohibitivam peccet. II) Si damnum irreparabile immineat, III) ſi cauſa in perniciem Reipublicæ tendat. IV) Si cauſa moram non patiatur. Sed mandata cum clauſula poenalia quidem ſunt, poteſtatem vero relinquunt reo, ut in termino præfixo juſtas cauſas, cur parere non potuerit, alleget. Quas, ſi habeat, prævia caſſatione mandati poenalis, id ipſum vim ſimplicis ſolum citationis retinet. Atque hæc mandata, cum damnum re ipſa non afferant reo, non facile ſunt deneganda ORDIN. CAMERAL. *d. l.* add. TEXTOR. *ad Rec. Imper. de anno 1654. Diſp. VII. th. XXI.*

INHIBITIONES) Sunt inhibitiones præcepta poenalia, plerumque prævio ſimplici monitorio, ut turbator ſponte deſiſtat, in contumaciam legitime decreta, quibus turbatio interdicitur, & turbatori reſtitutio rerum ablatarum, damni dati reparatio, expenſarum exſolutio, & cautionis de non turbando præſtatio injungitur, addito juſſu, ut compareat, & paritionem doceat. Non multum itaque a mandatis ſine clauſula differunt, niſi quod monitorium eas præcedat plerumque, quando periculum non eſt in mora, vel de turbatione non liquido conſtet. Imo nec ad eas progreditur judex, niſi quis alterum in exercitio juris ex re judicata vel transactione quæſiti turbet, turbationi vim

vim admisceat, vi dejiciat, & actor prius factum turbativum demonstret. Conf. CARPZOV. *de Institutionibus.* KRAUSII *Tr. Synoptic. Proc. Saxon. Lib. II. cap. III. Sect. II.*

## Aphor. IV.

QUORUM BONORUM) Quod interdictum cum hereditatis petitione in omnibus coincidit, solo modo procedendi excepto. Nam, ut ex *L. III. C. quor. bonor.* discimus, ratio interdicti in eo consistit, ne, qui ex pluribus, hereditatem captantibus, meliori, liquidiorique jure niti videtur, ab altero, cujus jura dubia adhuc & obscura sunt, & qui tamen possessionem rerum hereditariarum occupat, prior excludatur, ac molestias processus, sumtusque litis ferre obligetur cum dubio litis eventu. Jubet itaque lex, ut Prætor eum, cujus jus hereditarium liquidum est, cujusque adversarii contradictio in altiori indagine consistit, frustrationibus ejusmodi amputatis, statim in possessionem mittat, & adversario judicium petitorium reservet. Quæ cum ita sint, facile patet, ab hereditatis petitione ad hoc interdictum ubique inferri posse, sigillatim I) jus petitoris ita liquidum debere esse, ut pro præsumtivo herede haberi possit, II) omnibus illis, quibus datur hereditatis petitio, dari quoque hoc interdictum. III) Dari solum contra eos, qui titulo universali possident, IV) dari tamen etiam heredi partiario contra coheredem. Et quamvis BEYER. *in Delineat. tit. D. Quor. bonor.* usum interdicti negare videatur, ob insignem tamen ejus æquitatem & utilitatem id ipsum utique admit-

tendum censeo PHILIPPI *Us. Pr. Instit. Lib. IV. Ecl. LXXI. n. 14.* HAHN. *ad Wesenb. tit. Quor. bonor. n. 6.*

## Aphor. V.

PERTINET ETIAM HUC REMEDIUM) Duplicem enim hoc remedium habet utilitatem, dum heres partim possessionem rerum hereditariarum nanciscitur, partim onus agendi in adversarium devolvit. Prospicit sigillatim heredibus, in testamento scriptis. Non tamen ab interdicto quorum bonorum videtur diversum esse, cum Prætor generatim possessionem hereditatis promittat illis, qui fortiorem pro se juris hereditarii præsumtionem habent. Ut sic generatim inferri possit, cuicunque præsumtivo successori, sive per legem, sive per testamentum, vel scriptum, vel nuncupativum, in scripturam redactum, aut testium juramento expositum, sive per pactum vocetur. Verbo, ipsa æquitas, in qua remedium hoc & interdictum quorum bonorum nititur, jubet, ut usus illi in qualibet ultima voluntate relinquatur CARPZOV. *Lib. VI. Resp. XX.* WERNHER. *P. VII. obs. CII.* BRUNNEMANN. *ad L. fin. C. de Edict. D. Hadrian.* Cumque moribus nostris successio per pacta recte deferatur, nil obstat, ne ad hanc successionem istud interdictum trahamus. Ut vero felicem sibi actor promittere possit effectum, duo conjunctim requiruntur, I) militare pro eo præsumtionem juris hereditarii II) legitimum contradictorem non adesse. Præsumtio vero illa oritur ex productione ultimæ voluntatis vel pacti, quod nullo visibili vitio laborat, sive quod nullum ex

ipsa

ipsa inspectione, lectione & scriptura, apparentem defectum habet. Quodsi igitur tale vitium visibile adsit, quod vel in forma ultimæ voluntatis externa, vel in forma interna occurrit, missio heredis locum non habet, invisibile autem eam non impedit. Conf. *L. II. C. de Edict. Divi Hadrian.* Legitimus contradictor est, qui, se res hereditarias justo titulo tenere, dicit, Sed cum hodie permittatur, ut, qui omnia libelli capita ex documento probari potest, processu executivo utatur, BERGER. *Elect. Proc. Execut.* § *IX.* nec desit ratio, cur heredi, qui nititur in testamento non vitioso, processum istum denegemus LUDOVICI **Einl. zum** *Civil-Proc. cap. III.* §. *III.* rectius dixeris, legitimum contradictorem eum esse, qui exceptiones intentioni actoris directo contrarias & allegare, & in continenti probare potest, cum processus executivus exceptiones altioris indaginis non admittat. LEYSER. *Spec. D. med. VIII. sqq.*

## Aphor. VI.

SED PROPRIA AUCTORITATE OCCUPAVIT) Privata enim legati occupatio legatario vix permittitur, quamvis statim a morte testatoris fiat rei legatæ dominus. Posset enim heres ratione Falcidiæ damnum incurrere, vel ejus alia ratione interesse, legatum non apprehendi. Nam non unice ob quartam Falcidiam, sed ob quodvis interesse heredi hoc interdicto experiundi facultas datur v. c. si hereditas ære alieno gravata, si heredi electio concessa, si legato conditio adjecta sit BRUNNEMANN. *ad L. I. D. quod legat. n. 3.*

HAHN. *ad Wesenbec. tit. eod. n. 4.* Ut nec dubitem, quin contra STRAUCHIUM apud SCHILTER. *Exerc. XLVII.* §. *XXIX.* judicandum sit, qui interdicto contra donatarium mortis causa usum denegat. Nam *L. I. §. V. quod legator.* quam in subsidium vocat, plane alium casum exhibet, & præsupponit, rem donatam a donante in donatarium esse translatam, ubi dici nequit, donatarium propria auctoritate rem occupasse. *Interim* heres hoc interdicto tum demum utitur, quando legatarius ex hereditate, adhuc jacente, rem sibi sumsit. Post aditam enim hereditatem, si occupat, vim committit, & cum eo ex *L. VII. C. unde vi* ad eum effectum agi potest, ut legato plane excidat add. *L. LVI. de Legat. I.* Extra hunc casum vero heres actor, qui possessionem recuperat, cavere debet de restituendo legato, si postea de eo constiterit *L. II. §. I. D. quod legat.*

## Aphor. VII.

POSSESSIONEM ADIPISCENDARUM RERUM) Eo in casu, quando conductor res oppignoratas in alium locum clam transtulit, & ego sciam, ubi latitent. Nam, quatenus res oppignoratæ adhuc in ipso fundo sunt, hoc interdicto non est opus. Utilitas ipsius interdicti perspicua satis est. Est enim in illo, tanquam remedio possessorio, expeditior probatio & facilior via ad victoriam obtinendam. Nam judicium principale, actio nempe Serviana, ordinaria causæ cognitione absolvitur, jus pignoris, eo electo, probare debet actor, illeque ipse exceptiones altioris indaginis admittere debet.

Sed

Sed interdictum de simplici & plano finitur, probationem tantum levem, ad illationem bonorum & factum oppignorationis directam, requirit, & exceptiones altioris indaginis ad petitorium remittit. Quod tamen recte restringitur ad eas exceptiones, quæ non fluunt ex ipsa natura negotii pignoratitii, & ex instrumento obligationis, vid. LEYSER. *Spec. DXI. med. III.*

CONTRA TERTIUM POSSESSOREM) Quod tamen ex Jure Romano defendi non potest, quippe quod, contra tertium hoc interdictum dari, expresse negat in *L. I. C. de Salvian. interd.* Multum vero desudant Doctores in conciliatione *L. I. §. I. D. Eod.* cum ista lege Codicis, cum una alteri contradicere videatur. Conf. JOH. DE WATER *L. I. Obs. cap. XIV.* BERGER. *Resol. Lauterbach. ad tit. de Salvian. interd. in fin.* Sed salva res est. Neque enim Lex Digestorum expresse interdictum ad tertium possessorem extendit, neque permittit natura interdictorum, ut vocem *extranei*, quæ ibi occurrit, de quoquam alio, quam de debitore, accipiamus. Et, quicquid sit, est tamen procul dubio lex Digestorum ex lege Codicis explicanda. Quod vero Praxin hodiernam attinet, quæ interdictum contra tertium possessorem admittit, ea fundamentum habet in Jure Canonico, quod, actionem de spolio, de qua infra, contra tertium institui posse, expresse disponit.

## Aphor. VIII.

VTI POSSIDETIS) Quod interdictum ipsum

 illud

illud possessorium judicium est, ubi de possessione qualificata, & civili quæritur, cum Prætor possessionem non tuetur, cui vitium vis, clandestinitatis vel precarii opponitur, & ab excipiente probatur. Hac vero probatione deficiente, actorem, qui de possessione per actus possessorios, & de turbatione fidem facit, defendit, & exceptiones, quæ ipsum jus & petitorium tangunt, nisi in continenti liquidæ sint, rejicit ad judicium proprietatis. *L. I. §. III. D. uti possid.* SCHILTER. *Exerc. XLVII. §. LXI.* Ab hoc igitur, ut possessorium summarium rite distinguatur, omnino necesse est, quod jam dixi. Nam hic agitur de simplici facto possessionis, eoque probato, alteri possessorium ordinarium, in quo de meliori possessione judici fidem facere possit, reservatur, possessione vero meliori probata, demum ad judicium proprietatis, ubi de jure ipso sermo est, fit progressus. Præterea Doctores & hanc inter possessorium ordinarium & summarium, putant, intercedere differentiam, quod hoc non admittat petitum de præstanda cautione de non amplius turbando. CARPZOV. *Lib. I. Resp. XV. n. 13.* Verum hæc ipsa cautio ex interpretum magis sententia & usu fori, quam ex certa lege deducta videtur. Cumque eo tendat, ut possessor contra ulteriorem turbationem securus præstetur, possessoris autem in utroque judicio eo nomine intersit, nulla apparet diversitatis ratio. Quare, rectius defenditur, tale petitum ad utrumque possessorium pertinere, judicemque respicere debere nihilosecius, quale possessorium

actor

actor elegerit WERNHER. *P. I. Obs. CCXC.* BERGER. *Elect. Proc. Possess. th. XXX.*

## Aphor. XI.

INTERDICTUM DE SUPERFICIEBUS) Quod tamen cum interdicto, uti possidetis per omnia convenit, *L. I. §. II. de superficieb.* vel potius ejus species est. Quare etiam in foro rarissime ex hoc interdicto agitur, sed, ubi de turbatione possessionis sermo est, Practici ubique recurrere solent ad interdictum uti possidetis STRYCK. *de action. investig. Sect. II. membr. II. §. XIII.* Ipsam vero superficiei indolem jam supra indicavimus.

## Aphor. XII.

RATIONE SERVITUTUM) Sunt & hæc interdicta species interdicti uti possidetis, eoque tendunt, ut non solum servitutibus absque turbatione uti, sed & eas reficere liceat *L. III. §. XI. de itinere actuque privat.* Ideo autem his remediis possessoriis videbatur opus, quia proprie rerum incorporalium nulla erat possessio. Sunt vero hæc interdicta mixta, & quæstionem juris admixtam habent. Nam, qui iis utitur, demonstrare non solum debet, se hoc anno usum esse servitute, sed & sibi servitutem, vel jus reficiendi competere *L. III. §. XIII. sq. Eod.*

## Aphor. XIII.

DE AQUAEDUCTU) De his omnibus interdictis notandum, quod ad unum finem tendant, & solummodo a diversitate aquæ, quam ducere licebat,

bat, diversa nomina habeant. Nec hic quæstio de jure admiscebatur, sed factum sufficiebat, quo quis aquam duxerat. Unicum interdictum de aqua, ex castello ducenda, de quo Aphor. XV. loquitur, mixtum erat, cum privato citra Principis concessionem ex receptaculo publico aquarum aquam ducere non liceret, isque ideo concessionem, a Principe factam, demonstrandi onus in se recipere deberet *L. I. §. fin. de aqu. cottid. & æstiv.* Posses huc hodie referre turres & ædificia publica, Wasser-Künste, intra quæ aqua per regulas hydraulicas in altum tollitur, ut deinde per canales cum civibus communicetur. Verum tamen hodie usus aquarum vix amplius a concessione Principis dependet, quare generatim, qui his interdictis utitur, id solum agere debet, ut factum possessionis, & factum turbativum demonstret, quo in possessione tueatur.

## Aphor. XXI.

QVOD VI AVT CLAM) Præsupponit hoc interdictum, aliquid absque permissione antecedente vel privati *L. III. §. III. Quod vi aut clam.* vel principis *L. III. §. IV. Eod.* in re privati, nulla necessitatis vel utilitatis publicæ ratione exigente *L. VII. §. IV. sq. Eod.* vi aut clam factum esse. Sigillatim in gratiam eorum inventum est, qui alteri, novum opus in sui præjudicium facienti, nunciaverant, si nunciatus nihilosecius opus perfecisset, eumque habebat effectum, ut destruendum iterum esset opus *L. I. pr. §. I. sqq. Eod.* Præterea tamen ex paritate rationis extenditur ad casum, si quis

quis contra prohibitionem fecit *L. I. §. V. Eod.* si quis, vi externa adhibita, destruxit *L. VII. §. V. L. XVI. §. I. Eod.* si quis fecit aliquid, dum scire poterat, sibi controversiam de opere futuram, isque sigillatim clam facere dicitur *in L. IV. Eod.* Non tamen, quia famosum est, ob vim adhibitam, contra tertium possessorem, nec contra heredem, nisi ad eum effectum datur, ut patientiam tollendi operis præstet, cum & ipse faciens impensam præstare debeat, *L. XVI D. Eod.*

## Aphor. XXII.

Interdictum unde vi) Hoc interdictum iterum famosum est, & ob atrocitatem facinoris infamia minimum facti afficit, eoque tendit, ut, qui vi vel armata, vel metu armorum adhibito, ex re immobili, quam vel civiliter vel naturaliter, corpore vel animo possidebat, dejectus esset, possessionem cum omni causa, id est, cum fructibus, accessionibus, præstatione damni, casus & interesse recuperaret. *L. I. pr. §. I. sqq. de vi & vi armati.* Contra tertium tamen non dabatur hoc interdictum, sed res ipsa potius vindicanda erat *L. VII. D. Eod.* Sed, utut jure Digestorum hoc interdicto solum uteretur, qui vi esset dejectus, Jure tamen Codicis & sigillatim in *L. V. & L. fin. C. unde vi L. fin. C. de acquir. possess.* hoc interdictum ad quamvis iniquam possessionis immobilium privationem extensum est, etiamsi vis non accesserit v. c. si per errorem aut incuriam domini loca alius mala fide possideat, vel per injuriam judicis aut ejus collusionem possessionem ami-

amiserit, vel quis possessionem, a procutatore vel alio, qui nomine domini possidebat, derelictam, mala fide occupaverit. Nec tamen opus est, ut ex textibus allegatis cum MENOCHIO *de recuper. possess. remed. II. sqq.* nova remedia eruamus, sed in genere tenendum est, quemvis, inique vel dolose possesfione sua privatum, restituendum esse BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. IV.* §. *XXXVII.*

QVOD IS, QVI DEJECIT) Præsupponitur vero, dejicientem rem alienam invasisse? Sic vero forsan, qui rem propriam, ab alio injuste possessam, invadit propria auctoritate, id licite peraget? Minime. Sed hic ipse, quia leges non permittunt, ut via facti jus nostrum persequamur, amissione juris sui, si quod in re habet, punitur *L. XIII. D. quod met. caus. L. VII. C. unde vi.* Æquissima est hæc dispositio, nec majoribus nostris fuit incognita JVS PROV. SAXON. *Lib. III. art. IV.* SCHILTER. *Exerc. XI.* §. *XIII.* Imo præterea hos invasores, ob læsam securitatem publicam, puniendos esse ex JVR. PROV. SAXON. *Lib. I. art.* LIII. L. III. *art. XXXII.* JVR. PROV. SVEV. *cap. CLXXVII. CLXXIX. CLXXXIV.* colligimus, add. CARPZOV. *P. IV. Const. XXXVIII. def. II.* LEYSER. *Spec. DVII. med. XII. sqq.* Recte igitur hanc juris Romani dispositionem hodie in usum deducunt Doctores. Conf. STRVVIVM *de vindict. privat.* MEV. *P. I. Decis. XCV.* BRVNNEMANN. *ad L. XIII. D. quod met. caus.* Saxones vero hanc dispositionem negligere,

gligere, reique solum, reservata proprietatis quæstione, restitutionem injungere, perhibet CARPZOV. *d. loc.* Sed in omnia alia eunt BERGER. *Elect. Discept. Forens. Tit. V. Obs. VI. p. 152.* HORN. *Diss. de die tricesimo §. L.* WERNHER. *P. I. Obs. CCIII.* Et recte, cum ista poena Legibus quoque Imperii sit approbata RECESS. IMPER. *de anno 1521. Rubr.* Wie es in Irrung der Possession *&* *de anno 1572. Rubr.* Cammergericht *§. XVI.* Interim, qui VVERNHERO potuerit venire in mentem, ut *Supplem. Vol. VII. Observ. p. 214.* statuit, poenam illam locum solum habere, si invasæ essent res alienæ, non video, quia *L. VII. C. unde vi* disertis verbis de invasione rei propriæ loquitur, dominumque amissione dominii puniendum jubet.

## Aphor. XXIII.

REMEDIVM EX JVRE CANON.) Quod, rationibus rite subductis, idem illud interdictum Juris Romani, quod contra eum, qui, vi adhibita, dejicit, vel inique alienam possessionem suam facit, dici meretur. Nec enim aliud in allegato canone egit Jus Canonicum, quam, ut ea, quæ in Jure Romano de Interdicto unde vi proponuntur, ad casum propositum applicaret, &, quod Jure Codicis jam factum erat, actionem omnibus iis, qui inique possessione sua essent privati, concederet. Nam, qui alium sibi canonis sensum fingunt, omnino errant. Illudque novum remedium de spolio, ante omnia restituendo, quatenus singulares in Praxi producit effectus, tantum abest, ut con-

conforme ſit Juri Canonico, quin re ipſa, repugnante & invito hoc jure, ſit conſtructum, quod dilucide probat ZIEGLER. *in Comment. ad c. redintegranda* add. EJUSDEM *Prælect. ad tit.* X̃. *de reſtitut. ſpoliator.* & BÖHMERI *Jus Eccl. Proteſt. Lib. II. tit. XIII.* §. *VII.* Quodſi enim jam tum temporis, quo canon iſte innotuit, ea actionis ſpolii fuiſſet efficacia, quæ nunc eſt, neſcio ego, qui factum ſit, ut poſt varia demum temporis intervalla Innocentius III. Pontifex *in cap. XVIII.* X̃. *de reſtit. ſpoliat.* interdictum unde vi contra tertium poſſeſſorem dejectionis conſcium concederet. Et hoc etiam eſt, quod Jus Canonicum addidit Juri Romano. Reliqua omnia opinioni Interpretum originem debent. Horum tamen ſententiam, ut contrahamus in ſummam, actionem de ſpolio concedunt, quotiescunque per actum illicitum poſſeſſio aliena ſive rei mobilis, ſive immobilis, ſive juris, quocunque modo intervertitur, eo quidem effectu, ut perpetua ſit, & contra omnem poſſidentem, ſive dejectionis conſcium, ſive ignarum, etiamſi illi reverentia debeatur, locum ſibi vindicet, ipſeque ille, qui vitioſe vel alio modo rem detinet, ad rem, ſpoliato ante omnia reſtituendam, compellatur, ſpoliatus vero, ex alio capite a detentore conventus, judicium nunquam ante reſtitutionem ſuſcipere debeat, eoque nomine, licet de ſpolio actionem ipſe ſpoliatus non inſtituerit, ſpolium tamen in diverſa plane cauſa per modum exceptionis, litis ingreſſum impedientis, obiicere poſſit *c. II. X. de ord.*

*ord. cognit.* modo tamen ſpoliatus, ſive agat, ſive excipiat, ipſam ſpolii exiſtentiam intra quindecim dies probet *c. I. de reſtitut. ſpoliat.* in 6to. Nec hic quicquam intereſt, ſpoliantem ius liquido demonſtrare poſſe, nec ne. Nam indiſtincte, quia illicite egit ſpolians, ſibique privato auſu ius dixit, reſtitutio ipſi iniungitur, etiamſi prædo ſit, qui ſpoliatus eſt *cap. V. X. de reſtit. ſpoliat.* quod ultimum & Juri Romano omnino convenit *§. VI. J. de interdict. L. XIV. de vi & vi armat.* Ut ſic fundamento deſtituatur ſententia contraria, quam defendit MENOCH. *de recuper. poſſeſſ. remed. I. n. 113.* STRAUCH. *Recitat. public. ad L. VIII. de vi & vi armat.* HOPPIUS *ad D. §. VI. J. de Interdict.*

## Aphor. XXIV.

LEGITIMA PROHIBITIO) Fiebat illa Romæ vel extrajudicialiter vel judicialiter. Ibi iterum vel nudis verbis, quando quis vel domino præſenti, vel, ſi ille copiam ſui non faceret, fabris reliquisque operariis nunciaret *L. XX. §. I. quod vi aut clam*, vel interveniente ſymbolo, nempe per lapilli jactum *L. V. §. X. de nov. oper. nunciat.* quam ſpeciem BRUNNEMANN. *ad d. Leg. V.* minus recte de disjectione materiæ, ad ædificandum paratæ, explicat. SCHILTER. *Exerc. XLII. th. XVI. ſqq.* Disjectio enim materiæ tertia ſpecies erat nunciationis, quæ fiebat per manum, & realis erat. Judicialis nunciatio fiebat, interveniente imploratione iudicis, ut prohiberet, ne opus perficeretur. Nam, perfecto iam opere, inepte plane

plane nunciabatur *L. I. §. I. de oper. nov. nunciat.* Verbalis nunciatio vero hodie plerumque erit inefficax. Melius itaque sibi consulit, qui per judicem nunciat, & mandatum inhibitorium impetrat. Nam vim privatam adhibere, quod pro defensione juris nostri alias licet *L. XXVII. pr. de servit. præd. urban. L. I. §. V. Quod vi aut clam,* hoc in casu regulariter prohibitum est, nisi hæc tria concurrant, I) ut opus novum in loco, cujus is, qui prohibet, possessor est, fiat, II) ut vis in continenti adhibeatur, III) ut judicis auxilium nondum imploraverit nuncians. LEYSER. *Spec. CCCCXXVI. med. III. sqq.* Si vel unum desit, vis illicita committitur, imo & poena fractæ pacis publicæ, maxime, si, coadunatis hominibus, disjectio fiat, locum habere potest, ZIEGLER. *de jurib. majestat. Lib. I. cap. XXXIII. §. XXXVIII.* Ita etiam nuper responderunt JCti Jenenses.

CVI PROPTER JVS IN RE INTEREST) Sive itaque dominus sit, sive jus servitutis aut pignoris habeat, recte nunciat. De eo tamen, qui servitutem personalem habet, JCti Veteres non conveniunt. Labeo & Marcellus negat in *L. I. pr. si usufr. petat.* Julianus affirmat in *L. un. §. IV. de remission.* Ulpianus media via incedit, & in *L. I. §. XX. de nov. oper. nunciat.* usufructuario, qui suo nomine nunciare vult, jus nunciandi denegat. Sin nomine proprietarii, tanquam procurator, concedit. Verum cum hoc in casu mandato expresso non sit opus, & statim in ususfructus concessione mandatum adesse videatur, omnia

omnia ea agendi, sine quibus fundi substantia conservari nequit, facile patet, theoreticam magis, quam practicam esse hanc observationem, add. SCHILTER. *Exerc. XLII. §. IX.*

DE JURE CONSTITERIT) Judex itaque caussam summarie cognoscit, & primo in jus nunciantis inquirit. Quo facto, si frivolam fuisse nunciationem sentit, statim repellit nunciantem, & nunciatum perficere opus permittit *L. V. §. XIII. de oper. nov. nunciat.* Sin dubium sit, resque ex utraque parte ambiguitatem habeat, in arbitrio judicis est positum, utrum novi operis perfectionem prohibere, an nunciatum ad cautionem de demoliendo, si de jure alterius certo tandem constet, admittere velit. *L. unic. C. Eod.* Quod ultimum sigillatim fit, si vel Reipublicæ vel nunciati maximopere intersit, ut opus continuetur. *L. V. §. XI. & XII. D. Eod.* Et quamvis æquitas jubeat, ut nuncians super cautionis præstatione audiatur, ipsi tamen vix alia exceptio proderit, quam damni irreparabilis. add. CARPZOV. *Lib. I. Resp. VII. n. 13. sqq.* Si denique nunciantis jus vel liquidum vel admodum verisimile deprehendit, simpliciter injungit, ut nunciatus ab ædificando desistat, nec ad cautionem eum admittit BACHOV. *ad Treutler. Vol. II. Disp. XVIII. §. III.* MEIER. *in Colleg. Argentor. tit. de novi oper. nunciat. §. XV.*

# Lib. III.
# De Jure ad rem & obligatione.
## Tit. I.
## De jure ad rem, & obligatione in genere.
### Aphor. I.

EX FACTO SUO OBLIGATAM) Jura, quia qualitates ſunt, per ſe non ſubſiſtunt, ſed ſubjectum, cui inſunt, deſiderant; quod eſt vel res vel perſona. Si itaque jus rei cohæret, jus in re adeſt, ipſaque res obligata eſt, eo effectu, ut ubicunque reperiatur, ille, cui jus competit, id ipſum perſequi poſſit. Secus itaque eſt, ſi perſona ſolum obligata ſit. Tum enim jus ad rem ſolum adeſt, eo effectu, ut perſona obligata præſtet id, quod in obligatione eſt. Ipſa vero obligatio eſt ex lege, quæ vel immediate vel mediate imponit neceſſitatem, aliquid præſtandi. Immediata obligatio, quatenus inter perſonas eſt, non præciſe factum aliquod obligatorium præſupponit, ſed adeſſe etiam poteſt, etiamſi nullum factum intervenerit. Ex quo fonte ſigillatim actio ad exhibendum fluit. Lex enim hic ad æquitatem magis naturalem reſpicit, & ad regulam honeſtatis: quod tibi non nocet, & alteri prodeſt, ad id potes compelli, eamque ita approbat, ut externa obligatio inde oriatur. Nonnunquam factum quidem præſupponit, ſed denuo id factum, tanquam cauſam ſolum remotam, ſeu conditionem ſine

ſine qua non, conſiderat, ut nempe inde obligatio non per ſe & proxime, ſed quaſi per conſequentiam, fluat, ne quis cum alterius damno fiat locupletior. Ex quo fonte iterum actiones in factum, pleræque condictiones, ut & obligationes ex quaſi contractu, deducuntur. Mediata obligatio per factum aliquod obligatorium, cui lex vim obligandi tribuit, ſive licitum ſit, ſive illicitum, contrahitur. Sic vero incipit vel a conventione, vel a delicto. Sunt enim pacta ſervanda. Et, qui delinquit, ipſo facto ſe ad poenam obligat. Atque hujus obligationis fundamentum fere unica hac regula abſolvitur: Quæ ab initio ſunt voluntatis, accedente facto obligatorio, fiunt neceſſitatis.

## Aphor. II.

Est juris vinculum) Paulo obſcurius hic Auctor cum aliis loquitur. Res eo redit. Ante legem nulla eſt obligatio. Poſt legem ſtatim adeſt obligatio. Cum itaque efficiat lex, ut, quæ antea meri arbitrii erant, nunc circumſcribantur neceſſitate, merito dixeris, obligationem eſſe neceſſitatem, a lege vel mediate, vel immediate impoſitam, aliquid præſtandi, omittendi vel patiendi. Inde vero & hoc patet, nullam eſſe obligationem, niſi quam lex agnoſcit, nec alia ratione quem obligationem in ſe recipere, quam quatenus ad præſcriptum legis, obſervata forma, factum accommodavit. Quando enim lex negotium, certa forma adhibita, expediri jubet, ea neglecta, negotium ipſum non eſt obligatorium.

## Aphor. IV.

In specie votum) Pollicitatio igitur & votum contra naturam pactorum, quæ mutuum consensum efflagitant, ex sola promissione, absque acceptatione obligant. Utrumque tamen negotium præsupponit factum aliquod licitum, animo deliberato, ex justa causa, & a persona, quæ sui juris est, & factum præstare potest, promissum. Et a voto sigillatim abesse debet opinio meriti Stryck. *ad Brunnem. Jus Eccles. Lib. I. cap. VII. §. I.* Votum etiam personam solum afficit, non rem. *L. II. pr. D. de pollicit.* Nec heredes ex voto obligantur, nisi res ipsa in voto sit. *L. II. §. I. Eod.* Imo id etiam, credo, statuendum esse de pollicitatione, ut ubique respiciamus, utrum persona solum, an res in obligatione sit, & hic quidem, non vero ibi, obligationem ad heredes extendamus. Cæterum istiusmodi promissio, quæ vires patrimonii respicit, donationi æquiparatur, ideoque donator non tenetur, quam in quantum facere potest, add. *L. IX. D. Eod.*

## Aphor. V. & VI.

Juri naturali omnino convenit, ut omne pactum servetur, si modo verus, liber, & mutuus consensus in idem placitum adsit, promittens ipse voluntatem & facultatem sese obligendi habeat, ipsumque pactum de re honesta concipiatur. Sed cum istud Juris Naturalis decretum universale sit, & Legislatoris humani providentiam non excludat, qua, ferente ita salute Reipublicæ, negotiis subditorum

torum peculiarem formam præscribit, cognitu haut est difficile, pacta, quæ de Jure Naturæ vere obligant, in Rebuspublicis, tamen non semper in foro externo producere obligationem, sed tum demum, si formam, negotio præscriptam, observaverint paciscentes. Idque in se spectatum nullam habet iniquitatem. Quare nec Romanorum Legislatorum institutum vituperationem meretur, quando pacta mox, si ex præscripto legum, &, adhibitis solemnitatibus, essent celebrata, efficacia, mox, si forma neglecta esset, irrita declarabant. Nil aliud enim est pactum nudum, quam cui forma legalis deerat, quodque ideo in foro obligationem & actionem non producebat, eique contradistinguebatur contractus, qui ex forma præscripta esset celebratus, eoque nomine obligabat. Postea tamen vis obligandi etiam cum quibusdam pactis communicata est, quatenus vel peculiari lege per se subsistebant, vel ex contractu antecedente, cui tanquam accessorium adjiciebantur. Sic vero enata est distinctio inter pacta nuda & non nuda, eaque vel legitima, vel adjecta.

## Aphor. VII.

EST OBLIGATIO, QVAE DISTINGVITVR) Obligationem de Jure Naturali esse vel perfectam, vel imperfectam, per se patet. Sed imperfecta virtus est, & in foro effectus non producit, nec ob denegationem locum facit actioni, nisi quatenus a lege agnita, & in perfectam mutata est, quod diversa ratione factum esse in Jurisprudentia Romana, alibi jam docui. Ast sola æquitas per se,

neque apud Germanos, actiones producit. Et, quando in variis casibus apud nos actiones, quæ in æquitate nituntur, admittimus, quas Jus Romanum nescit, id non inde est, tanquam sola æquitas sufficeret, sed magis a dispositione, vel juris Germanici, vel Canonici, quod præter Jus Romanum sequi solemus, dependet. Verum, nec, ubi perfecta de Jure Naturæ adesse videtur obligatio, Jus Civile statim actionem concedit, sed, quod diximus, nonnunquam auxilium denegat in foro, si, quæ a lege civili superaddita sunt negotiis, formalia, desunt. Imo, de Jure Romano multa videmus negotia ordinata, ipsisque obligationem tributam esse, quæ ne præsidium quidem in Jure Naturali inveniunt. Sic verbi causa jure antiquo, qui ad contrahendum dolose inductus, qui metu ad paciscendum coactus erat, nihilosecius obligabatur. Denique leges Civiles obligationem legis Naturalis nonnunquam pure confirmant. Inde vero in Jure nostro varii illi obligationis conceptus, & significatus oriuntur. Naturalis enim dicitur, quæ inter illos quidem, qui in statu naturali vivunt, vim cogendi externam operatur, vis autem ei in jure Civili non est superaddita. *L. LXXXIV. §. I. de Regul. jur.* Ejusque exemplum de Jure Romano est in pacto nudo. Non vero plane vim obligandi adimit, ut promittens etiam in conscientia securus præstetur, sed denegat solum coactionem externam. Indeque etiam est, quod ipso jure Civili stricto illi, qui sponte præstitit, quod naturaliter debebat, denegaretur

garetur repetitio *L. X. de Oblig. & action. L. XXVI. §. XII. de condict. indeb.* Plures tamen ex Jure Prætorio, quod æquitatis naturalis fere ubique memor erat, accepit effectus, quos vide in BÖHMERI *Jur. Digest. ad tit. de oblig. & action. §. IV.* Civilis erat, quæ auxilio Juris naturalis destituta, in solo jure Civili stricto nititur *§. III. J. de Except.* Exemplum ejus occurrit in obligatione, metu contracta *L. XXI. §. V. D. quod met. caus.* add. GVNDLINGII *Diss. de efficientia metus cap. III. §. IV. sqq.* Hæc, nostris moribus incognita, Romæ opinionibus prudentum originem debebat, usu fori roboratis, sed Prætorum iterum artibus vigorem amisit, sigillatim per novum restitutionis in integrum inventum in figmentum & fabulam fere abiit. Mixta denique est, quæ ex Jure Naturali & Civili conjunctim oritur, dum utrumque ei actionem & exactionem concedit.

## Aphor. VIII. sqq.

CONSTAT OMNIS CONVENTIO CONSENSV) In genere enim omnis conventio est duorum vel plurium, qui voluntatem & facultatem se obligandi habent, in idem placitum honestum consensus, rite & specifice declaratus. Inde varia eliciuntur. I) Omnes paciscentes ita debere esse comparatos, ut in se spectati consentire possint, nec natura nec lege eos impediri. Non itaque paciscitur infans *L. XVIII. §. III. de Jur. deliberand.* non furiosus, non mente captus *L. I. §. XII. de obligat. & act. §. VIII. J. de inutil. stipul.* non ebrius STRYCK. *de Cautel. Contract.*

*Sect. I. capp. II. §. XII.* Non prodigus *L. XL. de Regul. Jur. L. XII. §. fin. de curator. dat.* II) Non sufficere, quem posse pacisci, sed,& facultatem paciscendi,& se obligandi,eum habere debere. Non enim valet pactum, nisi, quatenus leges permittunt, ut quis se paciscendo obligare possit. Unde olim in servos & filios familias nulla cadebat obligatio, quamvis uterque olim tertium domino & patri obligare, & jure novo filiusfamilias etiam sibi obligationem acquirere poterat. Eodem modo pupilli quoque & minores suam conditionem paciscendo meliorem quidem, non vero deteriorem reddebant, quæ juris capita jam alibi pervestigavimus. III)Impediri efficaciam pacti per ea, quæ consensum impediunt. Consensus vero non adest, quando paciscentes non idem intelligunt, non idem volunt. Et sic dolus, sic metus, sic error in substantialibus consensui obest. IV) Consensum debere esse specificum, ad certum objectum directum. Indeterminata locutio, indiscreta promissio non obligat. V) Consensum esse debere mutuum. Unius enim promissio absque alterius acceptatione non obligat, nec obligat prius, quam acceptatio categorica adsit *L. LV. in obligat. & action.* VI) Consensum debere rite esse declaratum. Quod fit, vel verbis, vel factis. Nonnunquam tamen lex consensum præsumit magis, & fingit, quam requirit. De quo infra videbimus. VII) Consensum debere esse certum & indubitatum, & susceptum denique VIII) de re, in nostra potestate posita.

Aph.

## Aphor. XIII.

SEV ACTV, SEV POTENTIA) Valet itaque pactum de re ſperata, ut & de ſpe. Rem ſperatam nominamus, quæ ex operatione naturæ exiſtere debet v. c. fructus. Et de ea pactum ſimpliciter valet. Spem vocamus, cujus exiſtentia a ſolo caſu & fortuna dependet. Et de ea pactum obligationem operatur, vel ſimpliciter, quando non certam rem ſperavimus, vel ſecundum quid, ſi exiſtat res, quam ſperavimus. Adde STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. I. cap. III. §. IV.*

IN COMMERCIO) Quæ itaque commercium hominum & privatorum plane effugiunt, nec pacti objectum unquam eſſe poſſunt. De iis, quæ in quorundam ſolum commercio eſſe non poſſunt, licet cum ea perſona paciſci, quæ poſſeſſionis & dominii hujus rei capax eſſe poteſt.

POSSIBILIA) Impoſſibilium nulla eſt obligatio, modo tamen impoſſibilitas adfuerit tempore contractus. Sin ſuperveniat ex culpa promittentis, hic non liberatur, ſed intereſſe præſtare debet. MEVIVS *P. III. Deciſ. CCCLXVIII.* BRVNNEMANN. *ad L. V. D. de reb. credit.*

HONESTA ET LICITA) Deeſt nempe vis coactiva, ut promittens factum inhoneſtum impleat. Non tamen tale pactum liberat a poena, ad quam uterque, & promittens, & acceptans, ſe obligat. Præterea tamen, & hoc addam, neceſſe eſt, facta debere eſſe propria. *§. III. J. de inutil. ſtipul.* Factum enim alienum nemo promittere, ſed ſe obligare ſolum poteſt, ad diligentiam præ-

ſtandam, ut alter faciat. Porro debent eſſe utilia acceptanti. Pacta enim utilitatis humanæ cauſa ineuntur. Si igitur nulla ex iis in alterum utilitas redundat, promittens ad ea ſervanda non obligatur. Denique eſſe debent privati arbitrii. Legem prohibitivam pactionibus immutare non licet. *L. V. §. XIV. L. XXXVIII. de pact.* Imo generatim pactum contra legem, etſi de re conceptum, non valet. Eſſe autem leges prohibitivas, quæ & pactiones de rebus interdicunt, diſcimus ex *L. V. C. de procurat. L. XV. & ult. C. de pact.*

## Tit. II.
## De pactis in ſpecie.
### Aphor. I.

PRODVCAT EFFICACEM) Ita communiter. Et certe negari nequit, Germanos ſemper æquitatis & ſimplicitatis Juris Naturalis magis memores fuiſſe, quam Romanos. Præterea & hoc dandum eſt, eosdem differentiam iſtam inter pacta & contractus, Romanis propriam, eo in ſenſu, quo his veniebat, cum ipſa formularum cantilena, iſtius diſtinctionis unico fere fundamento, feliciter ignorare. Verum enim vero, ſi dicendum, quod res eſt, vereor omnino, ne nimis liberaliter Interpretes aſſerant, Germanis omne pactum, quod in ſimplicibus conventionum finibus ſubſiſtit, obligatorium eſſe. Nam habent Germani etiam peculiares pactorum formas, in variis negotiis, valide perficiendis, præciſe adhi-

adhibendas, & plus simplici vice promissis nudis, utut omnibus requisitis, quæ Jus naturæ postulat, munitis, præsidium in foro denegant. Mox publicam auctoritatem & causæ cognitionem accedi, mox juramento contractum perfici jubent. Ut non dubitem, quin pacta nostris quoque moribus in simplicia & legitima distinguenda sint, posteriora vero non valeant, nisi forma, quam lex præscribit, ipsis superaddita sit.

ADHUC EST NOTANDA) Ut igitur demum constet, in quonam contractus a pacto sese distinxerint Jure Romano, paucis tene: Contractus vocatos fuisse, qui habebant nomen & causam. Nomen habere dicebantur, quia actionem sui nominis, ratione formulæ agendi in albo Prætoris ordinatam, producebant. Causam habebant ideo, quia solemni quodam ritu & conceptis verbis iniebantur, adhibitis formulis, in perficiendo negotio præscriptis. Quæcunque ergo conventio nec actionem sui nominis producebat, nec solenniter iniebatur, pactum erat. Sed tamen ab his contractus innominati iterum distinguebantur. Erant enim origine sua pacta nuda. Nam neque nomen specificum neque causam habebant. Sed tamen, si, qui quid promisisset, id alteri parti præstitisset, a traditione & implemento ipso negotium, tanquam ex re, obligationem assumebat, eo effectu, ut alter contrahentium etiam cogi posset ad implendum. Et eo respectu suo modo nomen habebant, non specificum quidem, sed generale,

rale, ſive circumſcriptitium, ut actio, uti vocabunt eam Romani, præſcriptis verbis oriretur.

## Aphor. V.

VEL DE NATVRALIBVS CONTRACTVVM) Hæc ipſa obſervatio de ſubſtantialibus, naturalibus, &, quod addendum, de accidentalibus negotiorum, in doctrina conventionum inſignem habet utilitatem. Subſtantialia enim eſſentiam negotiorum ita ingrediuntur, ut unice differentiam ſpecificam conventionum inter ſe conſtituant, atque, cum ſalvo negotio abeſſe nequeant, quotiescunque abſunt, vel ipſum negotium invalidum efficiant, vel, ſi contrahentium conſenſu abeſſe jubeantur, ipſum negotium in aliud plane diverſum degenerare faciant. Naturalia eſſentiam negotii non ingrediuntur, nec, ſi abſunt, contractum in aliam formam transmutant, negotio tamen ipſo ita cohærent, ut, etiamſi partes nihil de iis dixerint, tacite tamen de iis cogitaſſe, & ſe ad ea obligaſſe videantur ex natura negotii, ideoque opus ſit, ut, ſi ea agnoſcere nolint, pacto peculiari interveniente, ſe ab obligatione liberent. Accidentalia denique nec ad eſſentiam negotii pertinent, nec negotio cohærent, ſed, ut adſint, pactis effici ſolet, quæ duplicem plerumque finem habent, ut nimirum, vel contrahentes ſibi invicem obligationem, quæ contractui per ſe ineſt, remittant, vel ſe fortius obligent, & contraventioni tempeſtive occurrant, quantumque fieri poteſt, damnum avertant. Huc vero quam maxime Jurisprudentia cautelaris pertinet, quam STRVCKIVS in gratiam

am contrahentium, testatorum, & eorum, qui jurare necesse habent, peculiaribus Commentariis illustravit. Sunt enim cautelæ nihil aliud, quam consilia & regulæ prudentiæ, ad avertendum damnum adhibitæ SCHILTER. *Exerc. I. §. II. sq.* atque arbitrio privatorum simpliciter relictæ, modo tamen a fraude & cavillationibus abstineant, nec alterius contrahentis decipiendi causa iisdem utantur STRYCK. *de Cautel. Contract. Sect. I. cap. I. §. VIII. sq.* De cautelis enim, ad hunc finem comparatis, & similibus iis, quas COEPOLLA damnando instituto publici juris fecit, recte asserunt Doctores, quod in hac vita ad gloriam, in futuro ad gehennam ædificent BRVNNEMANN. *in Proc. Inquis. cap VIII. membr. I. n. 57.*

## Aphor. VI.

ALIA CONTRACTVS FORMA EXPRIMATVR) His in casibus tamen negotium, inter partes gestum, non ex natura contractus, cujus nomen expresserunt, sed ex natura contractus, qui revera subest, dijudicandum venit. Simulationem enim conventiones non admittunt eo effectu, ut plus valeat, quod simulate, quam quod vere gestum est. *L. LIV. D. de obligat. & actionib.* Nam in duplici solum casu simulatio præfertur veritati, 1) si pactum initum sit, alio nomine adhibito, de re, quæ ob antiquitatem toleratur magis, quam approbatur. Sic v. g. Emtio venditio geradæ, uno nummo facta, quamvis re ipsa donatio subsit, tamen ut emtio venditio valet, 2) si

res

res alio modo non possit habere effectum. Exemplum est in *L. LXVI. de jur. dot.* Alias negotium, quod geri simulabatur, ipso jure nullum est *L. VI. C. si certum petat. L. XXI. C. de transact. L. LVI. de judic.* & id solum, quod vere gestum est, subsistit, quatenus non tendit in fraudem legis prohibitivæ *L. III. & IX. C. de contrab. emtion.* add. COCCEJVM *Diss. de simulatione.* Verum hæc locum solum habent inter ipsos paciscentes. Nam, si tertii interesse concurrat, pactum, ejus decipiendi causa initum, nihilosecius servandum est, quatenus tertio prodest. *L. XXX. C. de transact. L. IV. C. de revoc. donat. L. LXXXIV. de jur. dot.* LEYSER. *Spec. XLII. med. V.*

## Aphor. VII.

FORMET, AVGEAT, MINVAT) Caveant vero ubique partes, qui pactis ejusmodi sibi prospiciunt, atque utilitatem, quæ naturæ negotii adversa est, quærunt, ne obscure loquantur. Nam, quamvis, si sensus dubiam admittat interpretationem, leges velint, ut non præcise verbis inhæreamus, sed ad id, quod actum est inter partes, sive ad intentionem, respiciamus *L. XXXIII. de contrab. emtion. L. III. de reb. credit. L. CXXV. de verbor. significat.* si tamen ambiguitas exitum invenire non possit, contra eum fit interpretatio, qui clarius loqui debuisset *L. XCIX. pr. de Verbor. Obligat.* Quisnam vero sit ille, qui clarius loqui debuisset, inter Doctores non convenit. BÖHMERVS in pec. *Diss. de interpretat.*

*tat. fac. contra eum, qui clarius loqui debuiss.* eum nominat, qui extraordinariam & singularem quærit utilitatem. LEYSER. *Spec. XLI. med. IV.* contra eum pronunciat, qui verba pacti concepit, aut mentem explicare debuit, idque tamen obscure fecit. Sed, si quid video, vera inter Viros Illustres non intercedit pugna. Non enim necesse est, ut quis mentem explicare studeat, nisi, qui aliquid, quod contractui per se non inest, paciscitur, vel se obligationi, quam ex natura negotii suscipere debebat, subducere intendit, eoque ipso singularem & extraordinariam utilitatem quærit. Nam & de hoc casu *L. XXXIX. de pact. L. XXXIV. de contrab. emtion. L. XXXVIII. §. XVIII. de Verbor. Oblig.* quas allegat LEYSER, explicandas esse, certo certius est. Cæterum commodum, atque emolumentum, quod ex pacto adjecto sperat paciscens, regulariter ad ejus heredes transit. Quilibet enim pro se & heredibus pacisci præsumitur *L. XVII. L. LII. §. I. de pact.* omneque pactum in dubio reale magis, & successoribus proficuum, quam personale, esse videtur, etiamsi paciscentes de se tantum sint locuti, ut sic, ne heredes emolumenti participes fiant, pacto effici debeat. *d. L. XVII. §. III. de Pact.* Quod tamen tamdiu solum verum est, quamdiu de contraria paciscentium voluntate non constat, nec tale negotium inter paciscentes ordinatum est, quod natura sua personam non egreditur. Sic, quæ ad personas expresse restringuntur, vel ad dies vitæ solum conceduntur, procul dubio exspirant.

Pari

Pari ratione, ubi personæ industria est electa, vel, ubi lex personæ solum commodum assignat, heres & successor exceptus est.

## Tit. III.

## De Contractibus in genere.

### Aphor. II.

IN PROPRIOS ET QVASI CONTRACTVS) Hi contractus non ratione obligationis sunt diversi, diversum tamen obligationis habent fundamentum. Quamvis enim in utraque specie a consensu incipiat obligatio, proprii tamen verum, id est, expressum, vel tacitum ex utraque parte, quasi contractus ex altera parte verum, ex altera fictum, sive præsumtum consensum præsupponunt. Verus consensus expresse per verba, vel signa, quibus homines regulariter ad consensum declarandum utuntur, interponitur. Tacitus consensus æque verus est consensus, qui tamen colligitur ex factis, ad consensum inferendum aptis, aut ex silentio, iis in casibus, quibus alicui a lege necessitas contradicendi, & contrariam voluntatem declarandi, erat imposita. Cæterum uterque consensus voluntatem & facultatem consentiendi in contrahente prærequirit, ut sic certo certius sit, eum, qui expresse consentire nequit, nec tacite consentire posse. Plane alia ratio est ficti, sive præsumti consensus. Ille enim non est consensus, sed talis esse fingitur solum. *L. IV. D. de pact. L. VII. D. in quib. caus. pign. tacit.* Caditque idem ille in eos etiam, qui neque voluntatem neque facultatem

tem consentiendi habent, v. c. in infantem, in furiosum. Obligat quoque absentem & ignorantem. add. *L. XLVI. de obligat. & action. L. LXVI. in fin. de obligat. L. I. §. XV. de possess.* Est autem iste consensus ex lege, quæ, dum præsupponit, aliquem alterius non consentientis, absentis vel ignorantis, utilitatem gerere, præsumit etiam, eum, cujus utilitas promovetur, non dissensurum, neve hic ipse cum alterius damno locupletior fiat, obligationem quasi ex ipsa re oriundam imponit. Quod fundamentum est quasi contractuum, uti vocantur in Jure Romano. Ut sic errent omnino, qui, taciti & præsumti consensus eandem esse naturam, autumant. Nam præterea, quod in modo declarandi, in personis contrahentibus, in diversitate obligationis, aliisque pluribus, magna sit differentia, effectus etiam utriusque consensus diversus est, cum tacitus consensus, ut diximus, proprium & verum, præsumtus vero quasi contractum producat. Idque ipsum argumentum late prosequitur THOMASIUS *Jurisprud. div. Lib. II. cap. VII. n. 24. sqq.*

## Aphor. IV.

IN BONAE FIDEI ET STRICTI JURIS) Quod hanc distinctionem attinet, in eo omnes conveniunt, usum ejusdem in dijudicandis innumeris juris Romani capitibus sat insignem esse, remque eo redire, quod in bonæ fidei contractibus alter alteri non in id tantum obligetur, quod expresse placuit, sed æquitatem naturalem quoque in iis, quæ non expressa sunt, agnoscere, de mora, in

præſtando commiſſa, reſpondere, & uſuras ſolvere debeat, ideo vero judicem ex officio æquitatem in decidenda controverſia reſpicere poſſe; Cum e contrario in ſtricti juris contractibus, nil, niſi quod expreſſe ſcriptum, vel ore nuncupatum eſt, præſtandum ſit, nec judex hic ultra conventionis verba quid adjudicet. Verum enim vero, quinam contractus ad hanc illamve claſſem pertineant, & quodnam verum diſtinctionis fundamentum ſit, non una Interpretum ſententia eſt. Qui differentiam ab antiquis formulis repetunt, quas Prætor, lite de quodam negotio exiſtente, præſcribebat judicibus pedaneis, conf. HEINECCII *Antiquit. Rom. ad tit. J. de action.* non errant quidem, ſed argumento ipſi non ſatisfaciunt, cum adhuc res maneat indeciſa, quinam contractus ſtricti juris, quinam bonæ fidei fuerint. Nam de eo jam conſtare debebat, antequam formula litem decidendi præſcriberetur. Qui ad obligationem bilateralem confugiunt, & inde qualitatem bonæ fidei derivant, omnesque ideo contractus bilaterales bonæ fidei, unilaterales ſtricti juris nominant, illi non vident, negotia, ob quæ condictiones locum habent, unilateralia quidem eſſe, & tamen ex bono & æquo æſtimari, ac in ſola æquitate præſidium invenire, vid. *L. XIV. L. XV. pr. L. LXVI. D. de condict. indebit. L. XXXII. de reb. credit. L. III. §. VII. L. V. §. III. de condict. cauſ. data cauſ. non ſecut.* Quapropter rectius cum BÖHMERO *in tr. de action. Sect. I. cap. III. §. XX. ſqq.* dixeris, iſtam diſtinctionem deſumendam

dam esse a diversitate negotiorum, quæ Romæ, vel ita, ut naturalis ratio exigere videbatur, inter contrahentes expediebantur, vel secundum formam & indolem, quam a solo jure Romano acceperant, perficiebantur. In quibusdam enim negotiis, quæ apud omnes gentes obtinebant, omnem rem ex æquitate æstimabant, eademque naturales præstationes habere, & ex bona fide descendere, dicebant *L. VIII. D. de capit. min. L. LVII. de contrah. emt.* In aliis certam verborum solennitatem, & formularum cantilenam adhibendam, injungebant, eaque, cum juri Romano, qua tali, propria erant, id etiam singulare habebant, ut omnis vis obligandi ex formula dependeret, ad hanc unice respiceretur, & promittens ultra id, quod in formula erat, vix condemnaretur. Illa igitur bonæ fidei, hæc stricti juris dicebantur. Illa naturalibus, hæc civilibus & solemnibus conventionibus annumerabantur. Ipsa autem illa civilia negotia, vel verbis solemnibus ore nuncupatis, vel per scripturam expressis, perficiebantur, ceu ex *L. II. D. de oblig. & action.* clare constat. Ad ea pertinebat sigillatim stipulatio, acceptilatio, sponsio, dotis dictio. Ad hæc nominum obligatio. Sic vero apparet, in usu distinctionis illius dijudicando unice ad id respiciendum esse, anne negotium Romæ ex concepta formula, an ex consensu magis, quam ex scriptura, aut verborum cantilena, obligationem produxerit.

## Aphor. V.

ALIQVANDO ACTIO CONTRARIA) Ea generatim tendit ad indemnitatem consequendam, si alter contrahentium ob conservandam rem, quam restituere debebat danti, vel ob factum, quod in utilitatem alterius expediebat, impensas fecit, quas ex natura negotii de suo subministrare non debebat, aut alias, dum res alterius curabat, damnum perpessus est.

## Aphor. VI.

REM ALIENAM) Potest enim, ut diximus alibi, objectum conventionum esse, quæ non tendunt ad translationem dominii. Et eatenus, salvo jure dominii veri, subsistit conventio inter contrahentes, ut sibi invicem, ubi de re restituenda agitur, non possint objicere exceptionem deficientis dominii. Dominium autem rei alienæ nemo in alium potest transferre, quia ipse dominium non habet. Quia tamen, qui bona fide rem tenet, dominus putativus est, dubitari nequit, quin rem alienam quoad effectum usucapionis in alium transferre possit, atque domino vero, si tempus legitimum effluxerit, exceptio præscriptionis obstet.

QVI NOBISCVM CONTRACTVM INIIT) Non itaque contra tertium possessorem, cum ille ex contractu nobis non sit obligatus, bene tamen contra heredem, qui in jura defuncti, tam activa, quam passiva, succedit, ejusque facta præstare debet. Quod eatenus verum est, ut, etiamsi contra-

tractus vel expresse ad personam restrictus sit, vel ob naturam negotii aut legis dispositionem personam non egrediatur, heredes tamen obligentur ad præstandam rem, quæ in obligatione erat, atque respondere debeant de dolo & culpa defuncti, omnique damno inde proveniente.

## Aphor. VIII.

NE DOLVS PRAESTETVR) Ratione futuri, cum tale pactum invitet ad delinquendum, de dolo præterito transigere omnino licet, quia hic agitur de renunciatione actionis, ex dolo oriundæ, quod nullibi prohibitum.

## Aphor. X.

LATAM, LEVEM, ET LEVISSIMAM) Ut culpa in genere est omissio diligentiæ debitæ, proæresi carens, ita culpa eodem modo, ut diligentia, suos habet gradus. In dijudicandis vero gradibus diligentiæ ad tres maxime Patrum familias classes respiciebant Romani. Diligentissimam enim rerum suarum curam gerunt Patresfamilias avari, mediocrem, homines parci & frugales, minimam dissoluti. Primo itaque gradu non observato, culpa dicebatur levissima, secundo, levis, tertio, lata.

## Aphor. XIV.

QVAENAM CVLPA IN CONTRACTIBVS SIT PRAESTANDA) In hoc argumento verbis legum non semper inhærere possumus, cum JCti plus simplici vice exactam & exactissimam diligentiam promiscue usurparint, & aliquando omnis culpæ præstationem injunxerint, ubi tamen levis

ſolum præſtanda erat v. c. in *L. XIII. C. Mandat. in L. IV. & IX. & L. XXVIII. D. de damn. infect.* Neceſſe itaque eſt, ut leges pro ſubſtrata materia explicemus, & magis ad naturam ipſius negotii reſpiciamus. Et hoc quidem certo certius eſt, omnem illum, qui ſe ingerit ſponte, ut alterius negotia gerat, vi *L. XXXVI. De Reg. Jur. L. VIII. §. ult. ad L. Aquil.* qui, dum peculiarem artem profitetur, alterum ad contrahendum inducit per *L. XVII. §. III. D. Commod.* qui denique negotium expediendum in ſe ſuſcipit, quod ſingularem peritiam & præcautionem requirit ob *L. XIII. L. XXI. C. mandat. L. XXV. §. VII. Locat.* omnem culpam præſtare, & de omni culpa reſpondere debere. Cæterum juvat ad modum utilitatis, ex negotio perceptæ, reſpicere, haſque memoriæ mandare regulas. I) Quoties in contractu unius ſolum ſubeſt utilitas, qui utilitatem habet, omnem culpam præſtat, qui nullam inde habet, latam ſolum culpam, ſolo mandato, & tutelæ adminiſtratione excepta. Nam, & mandatarius & tutor, officia patrisfamilias diligentis explere, & ideo de culpa levi reſpondere debet *L. XXI. C. Mand. L. VII. C. arbitr. tut. L. XXXIII. D. de adminiſtr. & peric. tutor.* II) Quoties in contractu utriusque utilitas adeſt, uterque ſibi invicem de culpa levi reſpondet regulariter, in abſtracto ſumta, id eſt, ut nullo perſonæ, quæ ad contrahendum acceſſit, habito reſpectu, reſpiciendum ſit potius ad eam diligentiam, quam diligentes patresfamilias in rebus ſuis conſervandis & cuſtodiendis

endis communiter adhibere solent. In illo vero casu, ubi liberum contrahentis est arbitrium, eligendi, cum quo paciscatur, majorem diligentiam exigere nequit, quam ille, cum quo contraxit, in rebus suis adhibet, & sic etiam hic de culpa solum levi in concreto respondet. Exemplum est in societate. §. *ult. J. de societat.*

## Aphor. XXI.

Cui debetur) Imo crederem ego, hanc regulam, qua res perire dicitur ei, cui debetur, adeo generalem esse, ut in omnibus contractibus citra discrimen locum habeat. Nam nec ab illa, quam Auctor supra suppeditavit, & vi cujus res perit suo domino, diversa est, siquidem in contractibus, in quibus de transferendo dominio agimus, ille pro domino habetur, cui res promissa est, simulac contractus perfectionem suam habet, quod, in contractibus memoratis post consensum pure interpositum fieri, per se patet. Unica tamen est exceptio, quæ dominum a necessitate, ferendi casum, liberat, quando nimirum, qui ad rei restitutionem vel traditionem jam obligatus est, moram committit. Is enim moræ est effectus, quod res debita post moram sit periculo debitoris *L. XXXVII. D. Mand. L. XII. §. III. Depos. L. XXIII. sqq. L. LXXXII. §. I. de Verb. Oblig. L. fin. C. de peric. & commod. rei vend.* Quam ipsam exceptionem limitatio, quæ in *L. XIV. §. fin. Depos.* occurrit, si res nempe æque periisset apud creditorem, haut evertit, cum præsumtio semper adsit pro creditore, eum potuisse & voluisse de

de re ita disponere, ut peritura non fuisset. Quapropter debitor procul dubio probationem in se suscipere debet contrariam; quo ab obligatione præstandi casum se liberet.

## Aphor. XXII.

SI INTER CONTRAHENTES PLACVERIT) Hoc tamen in casu, quando quis pacto in se casum recipit, consultum est, ut clare exprimi curet, utrum de omni casu, an de insolitis, an de iis solum, quæ utplurimum contingere solent, respondere velit. Nam me quidem non fugit, esse plerosque, qui, etiamsi quis casus in se expresse receperit, eum tamen a præstatione casuum insolitorum, qui non singulis annis, sed rarissime eveniunt, liberandum censent, ex ea ratione, quod de his probabiliter non cogitaverit. WERNHER. *P. II. Obs. CCCCXX.* Neve absque lege loqui videantur, varios pro confirmanda opinione juris Romani textus cumulant. Sigillatim in subsidium vocant *L. LXXVIII. §. ult. D. de contrah. emtion. L. IV. §. penult. Si quis caut. in jud. L. X. §. I. D. de ann. leg. L. VI. C. de pignor. act.* Sed prior textus, tantum abest, ut sententiam adjuvet, ut potius eidem contrarietur. Et ex reliquarum legum inspectione patet, eam vim vix illis inesse, ut ad præsens argumentum fieri possit illatio, quod jam docuit VINNIVS *Lib. II. Sel. qu. juris cap. I.* Quod autem addunt, pacta non esse extendenda ad non cogitata, id facilius admitterem, nisi pro certo haberem, non posse non ipsam vocabuli casus vim & proprietatem contrahentes admonere, ut de insolitis cogitent.

tent. Ea vero ratione argumentum, a non cogitatis desumtum, inefficax est.

## Aphor. XXIII.

CASVI INTERVENERIT) Verum tum re ipsa casus non adest. Dum enim casus in inopinato eventu consistere dicitur, quem humana diligentia & providentia non potuit prævidere, vel evertere, certe casus dici nequit eventus, cui dolus aut negligentia nostra dedit occasionem.

QVASI EMTAM HABERET) Solet æstimatio rei variis negotiis, & conventionibus adjici, diverso tamen fine. Nonnunquam ideo accedit, ut alter rem pro justo pretio pleno jure habeat. Aliquando ea solum intentione additur, ut litibus obviam eamus, ubi res ex contractu antecedente restituenda venit, quæ culpa contrahentis non amplius extat. Eoque nomine utiliter adhibetur in omnibus conventionibus, quæ ad transferendum dominium non sunt comparatæ. Inde vero satis constat, æstimationem non ubique producere effectum, ut, qui rem habet, casum quoque & periculum rei suscipere debeat. Sed de eo, ut sigillatim inter partes conveniat, necesse est, ubi non agitur de dominio transferendo, cum his in negotiis æstimatio taxationis solum gratia facta videatur. In negotiis vero, mediantibus quibus dominium transferimus, æstimatio venditionis magis, & periculi transmittendi gratia facta, censetur, ut sic, qui eo extendi novult æstimationem, protestari magis debeat, se nolle obligari ad periculum *L. I. §. I. D. de æstimat. act. L. X. pr. D. de jur. dot.* STRYCK.

*de Cautel. Contr. Sect. II. cap. II. §. X. Sect. III. cap. VIII. §. X.*

## Aphor. XXV.

DVAS NOTAMVS REGVLAS ) Imo, argumentum de ignorantia juris & facti unice eo redire, videtur, ut ſtatuamus I) Ignorantiam invincibilem, quæ, admota licet cura, diſpelli nequiviſſet, nemini nocere. II)Ignorantiam vincibilem, quam, adhibita attentione & diligentia, diſcutere potuiſſemus & debuiſſemus, nemini prodeſſe, niſi, ubi de implendo negotio agitur, alter de lucro captando, alter de damno vitando certet, *L. XLI. §. I. de Regul. jur.* vel de poena ob contraventionem legis, quæ actum naturaliter indifferentem illicitum declarat, advenæ & peregrinanti dictitanda, ſermo eſt GAIL. *Lib. II. obſ. XLVIII. n. 26. ſq.* LEYSER. *Spec. CCLXXXIX. med. VI.* Sic facile patet, quod nemini ignorantia juris univerſalis, ſubdito, & iis etiam, quibus alias jura in *L. IX. pr. & §. I. D. L. I. C. de jur. & fact. ignorant.* tum minimum, ſi peritiores conſulere facile potuiſſent, ignorantia juris provincialis, illi, qui proprii facti eſt oblitus, hujus ignorantia non proſit, & cur e contrario factum alienum tuto ignoremus.

## Aphor. XXIX.

DILATIO ALIQVA INDVLGENDA) Quod generatim etiam fieri debet, ſi quis obligationem in ſe recepit, cui implendæ certus dies non eſt præſtitutus. Tum enim ante interpellationem hominis

nis nemo in mora constituitur, *L. XXXII. de usur.* ut sic quoque in conditionali debito post conditionis existentiam interpellatione opus sit. Quamvis enim conditio existens obligationem existere faciat, quæ antea non aderat, non tamen debitorem statim morosum facit, cum nec hunc effectum pura obligatio statim producat.

## Aphor. XXX.

Dies adjicitur) Generatim obligatio pura ex die certo, ex die incerto, ad diem, conditionata & sub modo, ita differunt. In pura obligatione dies statim cedit & venit, id est, res vel factum non solum debere incipit, sed actio quoque & exactio statim locum habet. In obligatione ex die certo dies cedit quidem a tempore promissionis, id est, obligatio jam adest, non tamen ante diei existentiam venit, id est, ante diem actio non nascitur, quamvis, quod ante diem præstitum est, repeti nequeat §. *II. J. de Verb. Oblig. L. CCXIII. de verb. signif. L. X. & XVII. de condictione indebit.* Obligatio ad diem jure antiquo perpetua erat, ipsaque actio, elapso etiam tempore, concessa, quæ tamen ob dolum petentis exceptione elidi poterat. Id, quod ex natura actuum legitimorum est derivandum, siquidem promissiones Romani stipulatione & solemni formula expedire solebant. Quare hodie merito cessat hæc juris Romani dispositio. In obligatione ex die incerto & conditionata ante diei & conditionis existentiam neque obligatio neque actio adest, sed nuda enascitur spes *§. IV. J. de Verb. Oblig.* quæ tamen ad ex-

pectan-

pectandum minimum obligat, etiam eo effectu, ut nec promittens liberam de objecto pacti habeat disponendi facultatem. Existens tamen conditio ad initium actus retrotrahitur *L. LXXVIII. pr. de Verbor. Obligat. L. XVIII. de Regul. jur.* In eadem ipsa tamen obligatione conditionata præsupponendum est, I) re ipsa adesse conditionem, quæ incertum eventum continet. Sin certum sit, conditionem vel natura, vel ob legis prohibitionem, impleri non posse, negotium ipsum vitiatur. Sin certum sit, conditioni alterum contravenire non posse, negotium statim subsistit. II) Conditionem eo intentione adjectam esse, ut negotium suspendat. Sin id egerint partes, ut, conditione existente, negotium resolvatur, obligatio statim adest, & promissum quoque implendum est. Obligatio denique sub modo, id est, cui finalis causa adjecta est, vim conditionis resolutivæ habet. Atque ideo statim agi potest ad implendum, negotium vero, si modus non impleatur, resolvitur *L. I. C. de donation. quæ sub mod.* & si tertii intersit, modum impleri, cautio ab accipiente est præstanda.

## Aphor. XXXII.

Certa poena contractui adjicitur) Idque duplici maxime fine. Vel, ut, præstita poena, obligatio, ex contractu alias oriunda, cesset, vel ut, salva obligatione, mora coerceatur. Inter utramque multum discriminis intercedere, per se patet. Priori in casu tamen denuo interest, utrum creditor in sui favorem solum poenam sit stipulatus,

tus, an debitor magis ſeſe ab obligatione liberandi cauſa poenam promiſerit. Ibi penes creditorem electio eſt, poenamne perſequi, an ad implendum agere velit. Poena vero electa, rem debitam amplius petere nequit, & vice verſa *L. V. §. I. ſi quis caution. in judic.* Hic ſine dubio ceſſat electio, & debitori integrum eſt, præſtatione poenæ obligationem irritam facere. Res autem plane aliter ſeſe habet in poſteriori caſu, quando per poenam mora ſolum coercetur, quia tum obligationi ex negotio principali nihil decedit. Quod vero attinet ad litem ſuper quæſtione, an poena conventionalis legitimum uſurarum modum excedere posſit? in hac decidenda procul dubio diſpiciendum eſt, utrum factum, an ſpecies, aut quantitas, in obligatione ſit. Primo in caſu quæſtio ipſa inutilis videtur, cum poena conventionalis ſuccedat in locum intereſſe, quod, quia æſtimationem damni emergentis, & lucri ceſſantis, continet *L. XIII. Rem ratam haber.* ad modum uſurarum componi nequit. Idem dicendum eſſe puto, ſi ſpecies objectum contractus ſit. Sin autem quantitatem quis promiſerit, & poena adjiciatur, leges diſerte, poenam legitimum uſurarum modum egredi poſſe, negant *L. XV. C. de uſur.* Idque ad omnes conventiones, ex quibus quantitas præſtanda eſt, etiamſi bilaterales ſint, applicandum eſſe, cenſeo, cum nec dubitent Juris Romani conditores, quin emtionem venditionem ſub prohibitione comprehendant *L. XIII. §. XXIII. de action. emti.*

Aph.

## Aphor. XXXIII.

In vendentis aut emtoris arbitrium) De quo asserto tamen merito dubitabis. Pretii enim determinationem in arbitrium contrahentis conferri, expresse vetat *L. VII. pr. L. XXXV. §. I. D. de contrab. emtion.* Quamvis vix prohibitum reperiatur, ne accidentia pretii determinati in arbitrium promissoris conferamus. Nec prohibitum est, ut quantitas pretii per relationem ad aliud determinetur *d. L. VII. de contrab. emtion.* Cæterum quando arbitrium tertii eligimus, jure Romano certa persona denominanda est *L. fin. C. Eod.* Moribus tamen & hoc pactum toleratur, quo convenit, ut uterque contrahentium arbitratorem postea eligat Schilter. *Exerc. XXIII. §. XVIII.* Eaque conventio frequens est inter mercatores, ut placeat, tantum solvendum esse, quanti rem duo prudentes mercatores æstimaverint.

# Tit. IV.

## De contractibus propriis iisque nominatis, nec non de realibus in genere, ac in specie de mutuo.

## Aphor. II.

Licet res non tradita) Ita de moribus hodiernis, quippe quibus ad producendam obligationem præter consensum regulariter aliquid non requiritur. Sed, ut ex omni pacto, si inter partes convenerit, firma oritur obliga-

ligatio, ita & ille, qui promisit tantum, se velle mutuo dare, vel pignus constituere, de implendo promisso conveniri potest, licet ipsum negotium, de quo paciscentes mutuam dederunt fidem, prius perfectum non sit, quam traditio, scriptura accesserit, eoque nomine pactum de dando mutuo, de emendo, ab ipso mutuo, & emtione venditione distinguendum veniat. At enim vero Jure Romano contractus demum obligationem capiebant, si traditio rei, verborum, vel scripturæ solennitas peracta fuisset, nec antea actio ulla locum habebat. Sigillatim igitur reales ex rei traditione subsistebant. Unde re non contrahebatur obligatio, nisi quatenus datum esset *L. XVII. pr. de pact.* Nec valebat conventio, ut undecim redderes, si ego decem dedissem *L. XI. de reb. credit.* Nec pactione nuda creditum fiebat *L. XXXIV. pr. Mandat.*

## Aphor. III.

ET PIGNUS) Omnes itaque hi contractus ex rei demum traditione perficiuntur, hac differentia, quod in mutuo rei tradatur dominium, in commodato rei gratuitus usus, in deposito rei custodia, in pignore securitas in re.

## Aphor. IV.

UT ACCIPIENTIS FIAT) Involvit itaque alienationem, atque dominium rei & periculum in accipientem transfert, quod absque omni fundamento cum SALMASIO negat OISELIUS *in Not. ad Caji Instit. Lib. II. Tit. IX. §. I.* Nam

I) pe-

I) pecunia mutuo datur, ut ex mea fiat tua §. *I. J. de obligat. quæ re contrah.* II) Pecunia dicitur alienari in *L. XVI. & XLI. de reb. credit.* III) mutuum non præstat usum accipienti, nisi rem consumat. IV) Pecuniam creditam a creditore vindicari posse, Leges negant, periculum vero & commodum in re mutuo data debitoris esse, expresse affirmant add. SCHVLTINGII *Jurispr. Ante-Justin. p. 147.*

## Aphor. V.

QVAM SPECIE) Sed quid opus his difficultatibus, quæ obscuritate rem ipsam involvunt. Tu nota: Rem fungibilem esse, quæ utilitatem non affert, nisi usu consumatur. Quod autem dicitur, pondere, numero & mensura constare, id inde est, quia non aliter in commercium venit, nec aliter certum individuum fit, nisi numero, pondere, & mensura BÖHMER. *tr. de action. Sect. II. cap. VIII. §. III.* Interim tamen re fungibili data non statim contrahitur mutuum, sed id agere debent partes expresse, ut alter rem fungibilem, ut fungibilem, accipiat, eamque usu consumendi facultatem acquirat. Nam res fungibilis etiam, ut certa species, dari, lexque accipienti dici potest, ne consumat THOMASIVS *Diss. de pretio affect. in res fungib. non cadent. cap. I. §. XVI.* In dubio tamen, modo partes de dominio transferendo cogitent, utut in ipso titulo dissentiant, mutuum tamen subsistit. Quando vero de dominio transferendo inter eosdem adsit dissensus, negotium invalidum est. Quod ad reliquas

quas conventiones omnes recte applicatur ob *L. XVIII. pr. de reb. cred. L. XXXVI. de acquir. rer. dom.* HERTIUS *de conv. domin. translat.* *§. XVII.*

## Aphor. VI.

ADMINISTRARE ET ALIENARE) Id, quod ex principio, supra suppeditato, quod nempe mutuum alienationem involvat, immediate fluit, & præterea ex *L. II. §. IV. D. L. IV. C. h. tit.* clare elucet. Ut sic generatim ab alienatione ad mutui dationem recte inferatur. Sic sigillatim res aliena mutuo dari nequit *L. XI. in fin. L. XIII. de reb. credit.* Pupilli quoque mutuum non valet *L. XIX. §. I. Eod.*

## Aphor. VII.

PERSONAS MUTUO ACCIPIENTES) Generatim requiritur, ut se obligare possint, & quidem sigillatim ex mutuo. Nam id unum non sufficit, quem facultatem sese obligandi habere, sed & requiritur, leges obligationi ex mutuo intuitu hujus vel illius personæ efficaciam non detrahere. Exemplum est in Aphor. VIII. Aliud in *L. XII. §. XI. D. Mandat.* occurrit, in qua ei, qui sciens homini perdituro, vel hujus mandato meretrici, pecuniam credidit, actio denegatur, Quam dispositionem tamen, quia de adolescente loquitur, de minorenne solum accipiendam esse, Interpretes recte statuunt, cum præterea hanc restrictionem clara *L. III. §. VI. D. de in rem vers.* maximopere fulciat.

PER L. CIVITAS) Quæ lex, an ad alia civitatis negotia applicari possit, non satis expeditum est. Negat LAVTERBACH. *in Diss. ad d. legem.* Affirmat BORNIVS *Diss. de condict. certi ex mutuo ex contractu administrator. contr. civit. compet. cap. VII.* §. *I.* Quod omnino verum est, modo cum LEYSERO *Spec. CXXXI. med. I.* distinguas negotia civitatis, quæ solo consensu perficiuntur, ab iis, ubi civitas ex traditione rei, vel acceptione pecuniæ aut alius rei, obligatur. Ibi enim de versione in rem lis oriri nequit. Hic vero, si se non ipsa civitas, sed administrator civitatem obligavit, justum est, ut prior ex facto alieno non obligetur, quam probata versione in rem; *L. VII.* §. *I. C. quod cum eo, qui in alien. potest.*

IN VTILITATEM VNIVERSITATIS VERSAM) Imo ex re est, ut generalem hic substituamus regulam: Neminem ex negotio, ab alio ejus nomine gesto, si obligatio ex acceptione rei vel pecuniæ deducitur, cum effectu posse conveniri, quam versione prius probata. Ea itaque probanda est, si tutor nomine pupilli mutuum accepit *L. III. C. quand. ex fact. tutor.* si administrator Ecclesiæ mutuo sumsit pecuniam nomine Ecclesiæ BÖHMER. *Jur. Eccl. Protest. Lib. III. Tit. XVI.* §. *XL.* si socius eo nomine socium obligare vult *L. LXXXII. pro soc.* Imo ne mandans quidem aliter obligatur, si mandatarius limites mandati, mutuum contrahendo, egressus est. *L. XXVII. Mandat. L. X. C. de procur. L. fin. D. de exer.*

*exercit. action.* Cum vero omnino æquum sit, ut teneatur ille ex versione, qui non contraxit ipse, quo cum alterius damno non fiat locupletior, nec liberabit se ab obligatione, qui absque forma, a legibus præscripta, contraxit, & pecuniam accepit mutuo. Quare & minor atque pupillus, cui soli credita est pecunia, tenetur, versione probata *L. II. C. si advers. credit.* Hoc tamen addam, necesse est, probationem illam versionis in rem admodum difficilem esse, nec enim sufficit confessio ejus, in chirographo facta, ceu demonstrat LEYSER *Spec. CXXXI. med. IX.* Quare, qui cum administratore solo contraxit, caveat, ne statim experiatur contra ipsum dominum; sed potius cum administratore agat. Nam hic, ut se a restitutione liberet, vel ipse proclivis erit ad suppeditanda subsidia, quæ probationem de versione, in utilitatem domini vel universitatis facta, facilem magis reddunt. Optimum vero consilium est, ut, qui universitatem vel minorem ex mutuo obligare vult, adhibita forma, a legibus præscripta, contractum perficiat, add. STRYCK. *Caut. Contr. Sect. II. cap. I.*

## Aphor. VIII.

EX SCTO MACEDONIANO) Quod privilegium tamen non liberorum, sed patris est, ne ex mutuo a filiofamilias, qui adhuc sub potestate ejus vivit, conveniatur, nec filius eo aliter, quam ex persona patris, utitur. Quapropter filiusfamilias, a patria potestate liberatus, ob *L. III. §. ult. de SCto Maced.* vel qui, sub patria potestate constitutus,

propria tamen bona habet vi *L. I. in fin. L. II. D. L. VII. §. I. C. Eod.* omnino obligatur. Imo, & sui juris factus, cum effectu debitum, quod filiusfamilias contraxit, agnoscit expresse & tacite. Et hic quidem, si partes debiti ipse solvit, integrum debitum, sin pignus dedit, pro quantitate pignoris debitum agnovisse videtur, ut facile ex natura oppositionis deducitur, si *L. II. & IX. D. Eod.* invicem conferamus, add. BERGER. *Resol. Lauterb. ad d. tit. qu. V.* Quo tamen Senatus Consulti exceptio effectum habeat, requiritur I) a creditore sciente datam esse pecuniam, quamvis & scientia unius creditoris alteri, qui correus est credendi, noceat COCCEJUS *Jur. Civil. Controv. tit. de SCto Maced. qu. II.* Qui ignoravit, se filiofamilias credere, nec ignorantiam facile vincere potuit, excusatur *L. III. pr. L. VII. §. VII. L. XIX. Eod.* II) datam esse pecuniam ab eo, qui mutuo ipse dare poterat, nec, si dare potest, beneficio restitutionis in integrum utitur. *L. III. §. II. Eod.* Contra hos enim SCtum non prodest. III) Pecuniam mutuo esse datam. De hoc enim casu agit solum SCtum *L. III. §. III. Eod.* Quodsi vero appareat, fraudem legi esse quæsitam, recte existimo, SCtum applicari posse. Pertinet huc sigillatim contractus mohatræ, qui dicitur realis, quo quis rem carius emit pecunia credita, & eandem mox revendit pecunia numerata, ut, quam mutuo habere non poterat pecuniam, sub his involucris acciperet, vid. ZIEGLER. *Diss. de contract. Mohatra.*

PA-

PATRIS CONSENSV) Perinde vero est, sive ab initio consentiat, sive postea ratihabeat *L. XII. D. L. ult. C. de Scto Macedon.* Imo & tacite consentire potest, quando vel sciens non contradicit *L. IV. C. Eod.* vel absque protestatione de futuro solvit, & filii sui creditores securos reddit BRVNNEMANN. *ad L. ult. Quod cum eo, qui in alien. potest.* Quod tamen procul dubio intelligendum est de casu, si pater saepius solvendo consuetudinem solvendi contraxerit. Nam ex eo, quod pater filio unum debitum contrahenti adsensit, in reliqua debita eum consensisse, dici nequit.

QVOD PATER EX PIETATE) Nimis late Doctores hoc in casu patris obligationem extendunt. Sigillatim SCHÖPFFER *pecul. Diss. de sumtib. studior. cap. II.* etiam judicis arbitrium admittit, ut dispiciat, anne, si pater filium studiis incumbere nolit, capacitas tamen filii suadeat, ut nihilosecius literis sese mancipet, perspecta vero hac capacitate, patris dissensum saluti publicae, quae per literas promoveretur, postponat, illumque ad sumtus studiorum subministrandos cogat. Verum, si dicendum, quod res est, non video caussam, ex qua patri dissentienti necessitas illa imponi possit. Non enim hoc sufficit, ut salutem publicam praevertamus, cum & Reipublicae intersit, ut ad opificia, artificia & mercaturam accedant homines emunctiorum narium.

## Aphor. X.

EADEM QVANTITAS REDDATVR) Mutuum enim sua natura Romae gratuitum erat. Nec

pactum quidem de usuris præstandis valebat *L. XI. §. I. de reb. credit.* sed stipulatione opus erat peculiari *L. XXIV. præscript. verb.* quam adeo naturæ mutui adversari credebant Romani, ut negotium ipsum in foenus degeneraret; quod semper odio prosecuti sunt. Postea quidem pactum de usuris, tanquam adjectum, tolerarunt. Novell. *XXXII.* Habet tamen mutuum gratuitum nihilosecius peculiaria privilegia. Quorum primum est, quod in concursu creditorum præferatar foeneratitio *L. VII. §. II. Depos. L. XXIV. §. II. de reb. auctor. judic. possid.* secundum vero, quod, si minori soli absque usuris mutuum datum, creditor non debeat probare versionem in rem, sed minor potius docere, se læsum esse ex acceptione mutui *L. II. C. si advers. credit.* Berger. *Elect. Disc. Forens. P. I. p. 36.*

In eodem genere reddat) Qua in re, ut mutuum a multis aliis contractibus, ex quibus res in specie restituenda venit, sese distinguit, ita etiam a contractu vitalitio, Aliments, Unterhalts, Versorgungs-Contract differt. Per hunc enim contractum id agitur, ut quis vel omnium bonorum, vel certæ bonorum partis dominium in tertium transferat, qui loco alimentorum ad dies vitæ usuras solitis majores præstet, atque usurarum excessum cum ipsa sorte post mortem creditoris compenset. Quo nomine etiam hic contractus sese ab usuraria pravitate distinguit, cum aleam contineat, &, quousque alimenta præstari debeant, incertum sit. Necesse tamen est, ut probabilis

bilis vitæ terminus attendatur, & ejus reſpectu annua præſtatio augeatur vel minuatur *L. LXVIII. ad L. Falcid.*

QVALITATIS SEV BONITATIS ) In mutuo itaque pecuniario reſpiciendum eſt ad pecuniæ materiam, Korn, quantitatem, Schrot und Gewicht, & formam Schlag und Gepräge. Ut enim naturæ mutui, quando pecunia reſtituenda eſt, ſatisfiat, debitor tantundem quod ad materiam, pondus & formam, reddere debet, & valor inſpiciendus eſt, qui fuit tempore contractus. *L. III. D. de reb. credit.* Incrementum itaque valoris debitor deducit, quia creditor alias plus conſequeretur, quam dedit, decrementum debitor ſupplet, quia creditor alias minus reciperet. Quod æquitati quam maxime convenit. Decreſcente enim monetæ pretio, pretium rerum intenditur, accreſcente, imminuitur. BERGER. *Reſol. Lauterb. ad tit. de reb. credit. p. m. 169.*

IN SPECIE RESTITVANTVR ) Sed nihiloſecius conſultum eſt, ut ad omnes lites evitandas in chirographo æſtimatio cujusque thaleri ſimul exprimatur STRYCK. *de probat. verſ. credit. cap. I. §. XII.*

## Aphor. XI.

CONDICTIO CERTI ) Quam tamen, nonniſi elapſo tempore, reſtitutioni præſtituto, poſſumus inſtituere. Imo, nec creditor, cujus forſan ratione uſurarum intereſt, oblatum mutuum recipere debet invitus. Si de tempore non convenerit inter partes, interpellatio præcedere, & debitori ſpatium

creditor concedere debet, ut solutionem procurare possit. Quod spatium, nisi in chirographo sit expressum, (id quod semper utiliter fit, eo modo, daß das Capital ein halb, ein viertel Jahr, oder sechs Wochen vorher aufgekündiget werden solle,) creditor a judice, pro quantitate debiti, determinandum curet, quo moram debitoris probandi non desit occasio.

## Tit. V.
## De Commodato.
### Aphor. III.

QVOD VSV NON ABSVMITVR) Et sic species regulariter requiritur. Nil tamen obstat, ne res etiam fungibilis objectum sit commodati, modo non detur, ut fungibilis, id est, ea conditione, ne usu consumatur. Posse enim & pecuniam commodari dicis causa, pro forma, simulate, ad ostentationem & pompam, docet BRVCKNER. *Diss. de eo, quod fit dicis causa.*

### Aphor. IV.

AD VSVM CERTVM) In quo differt a precario, quod incerti usus causa conceditur, tamdiu, quamdiu is, qui concedit, patitur *L. I. pr. de precar.* Est itaque genus liberalitatis & ex beneplacito concedentis dependens, magisque ad donationes accedit. Quamvis enim in *L. XXIII. de Regul. jur.* precarium contractibus annumeretur, id tamen non absolute fit, sed secundum quid, ratione

ne præstationis doli & culpæ. Inde vero satis apparet, illam similitudinem precarii cum commodato, quam adstruit *L. I.* §. *III. de precar.* non esse nimis extendendam. Nam I) Commodatum, ut diximus, ad certum finem datur, non precarium, per consequentiam etiam II) illud ante finitum usum revocari nequit, hoc vero omni momento est revocabile *L. I.* §. *II. L. II.* §. *I. Eod.* modo tamen non revocetur statim post traditionem, & sic usus vel plane intercipiatur, vel damnum alteri inferatur. III) Commodatarius omnem, ille, qui precarium habet, minimam solum diligentiam præstat *L. VIII.* §. *III. Eod.* IV) Precarium morte dantis expirat *L. XII.* §. *I. Eod.* Ex eo interim, quod diximus, commodatum concedi ad certum usum, facile colligimus I) Commodantem retinere dominium, & sic quoque facultatem, rem a quovis tertio possessore vindicandi. Quod tamen Jus Lubecense & Hamburgense, quod ad tertium bonæ fidei possessorem, ob favorem commerciorum, limitat, & commodantem ad commodatarium, ut cum eo personaliter agat, ablegat Mevius *ad Jus Lubec. Lib. III. tit. II. art. I.* Schilter. *Ex. XXV.* §. *V. sqq.* II) Commodatarium non posse adhibere rem ad alium usum. Si id nihilosecius fiat, furtum usus committitur, & jure Romano duplicatum pretium, quod pro usu rei habere potuisset commodans, præstandum est *L. XII.* §. *fin. L. XLVI.* §. *I. D. de furt.* Imo & hodie commodantem ad interesse præstandum agere, vel ob abusum commoda-

tum revocare posse, pro certo habeo, cum abusus juris mereatur privationem juris. III) Rem commodatam ad usum habilem esse, &, si damnum habeat commodatarius, commodantem de eo respondere debere *L. XVIII. §. III. Commod.*

GRATIS) In quo se iterum distinguit a locatione conductione. Admittit tamen honorarium, nec naturam mutat, modo honorarium arbitrio commodantis relinquatur, nec partes de eo sigillatim conveniant. Cæterum patet quoque exinde, in hoc contractu commodatarii solum utilitatem versari, quapropter ad omnem tenetur diligentiam *L. V. §. II. Commod.* Ex quo tamen vix colliges, obligatum esse commodatarium, ut in periculo communi res commodatas suis præferat, quod alias SCHILTER, LAUTERBACH, pluresque alii defendunt, *& L. V. §. IV. Commod.* in subsidium vocant. Sed vereor, ne otiosa sit hæc observatio, quamcunque etiam adhibeas distinctionem. Nam certe de casu commodatarius non tenetur. Periculum itaque, quod absque ejus culpa existit, cum restitutione commodati vix onerabit. Sin culpa commodatarii præcesserit, tenebitur omnino. Sed vix credo, eum hoc in casu ad illum posse adspirare stultitiæ gradum, ut res commodatas, si pretiosiores suis sint, negligat, suas, si vilioris pretii sint commodatæ, periculo exponat.

FINITO VSV IN SPECIE) Nisi perierit absque ejus culpa. Sin culpa sua, æstimationem præstat *L. XVII. §. fin. Commod.* Quando extat, præcise

præcise restituere debet. Nec enim prætextu alterius debiti eam retinet, *L. fin. C. Eod.* nec commodanti exceptionem dominii deficientis efficaciter objicit, cum illa sit de jure tertii. Exceptio tamen dominii competentis liberare poterit a restitutione, si probabile sit jus commodatarii.

## Aphor. V.

ITA CONVENERIT) Quod tamen ex æstimatione rei non statim infertur, quippe quæ, ut alibi dixi, accedere potest, litis magis de pretio rei restituendæ, quæ non extat, evitandæ, quam dominii transferendi causa. Et, prius semper factum esse, præsumitur in dubio, ubi de contractu, per quem dominium non transfertur, sermo est. Id igitur nominatim agant partes, ut effectum dominii & periculi transferendi æstimationi concilient.

## Aphor. VI.

FINITO VSV) Non igitur ante finitum usum repetitur res, nisi necessitas quædam improvisa superveniat, quæ efficit, ut commodans re sua amplius carere nequeat. Nemo enim rei suæ usum facile concedit, nisi, qui existimat, se re non indigere. Quodsi postea, se errasse, intelligat, commodatum vel ideo revocare poterit, quia res in eum pervenit statum, unde initium habere non potuit STRVV. *decis. Sabbath. cap. V. decis. I.* Quod in omnibus pactis evenire, ut, mutata plane rerum facie, obligatio evanescat, si rei dominium non est translatum, certo certius est, cum subintelligi semper soleat clausula: rebus sic stantibus. COCCEJVS *Diss. de clausul. reb. sic stantibus.*

Aph.

## Aphor. VII.

NECESSARIAS IMPENSAS) Non itaque quascunque repetit, ſed eas ſolum, quæ ad perpetuam rei conſervationem faciunt. Naturali enim ratione, quia gratis uſum rei habet, modicas de ſuo ferre debet. *L. XVIII. §. II. Commod.* In dijudicanda autem quæſtione, utrum magnæ, an modicæ fuerint impenſæ, æquitas naturalis in ſubſidium vocanda eſt, ea quidem ratione, ut diſpiciamus ad locarium, quod alias, ſi rei uſus non gratis conceſſus fuiſſet, commodans exigere potuiſſet. Quæ enim locarium excedunt, magnæ dici merentur.

# Tit. VI.
# De Depoſito.
## Aphor. III.

POTIVS EST MANDATVM) Verum hoc indiſtincte affirmare non poſſumus. Cum enim in ſenſu juridico cuſtodia rei, non præciſe rem ita clauſam habere, ut auferri nequeat, ſed potius cavere, ne res deterior fiat, & damni quid patiatur, ſignificet, depoſitum certe in rem æque mobilem ac immobilem cadit. Et ideo vero prius, ſi cuſtodia rei immobilis concredita ſit, mandatum non adeſt, quam adminiſtratione rei ſimul commiſſa. Multumque intereſt, utrum, depoſitum, an mandatum, ſubeſſe, ſtatuas, cum depoſitarius latam ſolum, mandatarius vero levem culpam præſtet.

Aph.

## Aphor. IV.

IN EUM FINEM) Requiritur nempe, ut primario custodiæ causa res tradatur, id est, totum negotium unice custodiæ causa, gratuito peragendæ, suscipiatur. Nam, si compenset deponens custodiam mercede, locatio conductio magis adest *L. I. §. VIII. & IX. Depos.* quamvis æque, ut in commodato, modica remuneratio, quæ ab arbitrio deponentis dependet, intervenire possit, vid. STRYCK. *de Cautel. Contr. Sect. II. cap. III. §. VIII.* Et si id non principaliter agitur, ut custodiam rei quis suscipiat, sed magis, ut, alium contractum celebraturi, de custodia rei simul suscipienda conveniant, facile patet, tum non depositum contrahi, sed id magis agi, ut major diligentia præstetur ab accipiente, quam ex natura contractus alias præstanda erat.

NISI HOC IPSI PERMITTATUR) Quæ conventio tamen adeo naturam depositi mutat, ut nomine solum depositum, quod irregulare vocant Doctores, re ipsa alius contractus, nempe quatenus usus vel res fungibilis, vel non fungibilis, conceditur, vel commodatum, vel mutuum, adsit, & ex harum conventionum natura res omnis æstimanda sit. Imo, nec dubium est, quin privilegium depositi, simulac præter custodiam aliquid accipienti permittitur, vel etiam ejus officium compensatur, statim cesset. Nam depositum, in se spectatum, prioritate gaudet in concursu, compensationis exceptionem non admittit, periculum non transfert in depositarium, eundemque ad præstationem

nem

nem culpæ levis non adstringit. Quare cauti sint ipsi deponentes, ne, vel tacite, juri suo renuncient, quod sigillatim fit, si usuras accipiunt *L. VII. §. II. Deposit.* Quod autem dicunt, tacite depositum irregulare fieri, quando pecunia non obsignata traditur ob *L. XXV. §. I. Eod.* id tum demum admittendum censeo, quando in corpora nummorum non cadit pretium affectionis BRUNNEMANN. *ad L. III. C. Eod.*

## Aphor. V.

IN SPECIE RESTITUAT) Et quidem bona fide *L. XI. D. Depos.* & illico ad beneplacitum deponentis *L. I. §. XXII. Eod.* Et hinc est, quod nullo modo depositarius restitutionem remorari possit, neque per oppositam exceptionem compensationis *L. XI. pr. C. Eod.* neque per exceptionem deficientis, vel sibi ipsi competentis, dominii *L. I. §. XXXIX. Eod. arg. L. XXV. C. Locat.* neque per impositionem arresti AUTHENT. *Sed jam cautum est. C. Depos.* NOVELL. *LXXXVIII. cap. I.* Quod inde est, quia peculiarem hic contractus ex parte depositarii requirit fidem. Quapropter etiam, si dolose non restituit, infamis fit *L. X. C. Eod.* Imo, si tempore calamitatis, & ubi quis rei amittendæ periculo præsenti premitur, depositum contractum est, quod sigillatim miserabile dicitur, depositarius, qui, se depositum accepisse, negat, in poenam inficiationis cadit, & in duplum condemnatur *§. XVII. J. de action.* Quæ poena, quamvis hodie forsan, iis in locis, ubi sigillatim non est approbata, cesset, ipsum tamen infician-

ciantem, si dolus & animus lucrifaciendi accedat, poena extraordinaria afficiendum esse, res ipsa postulat.

## Aphor. VI.

PRAESTANDA PRAESTET) Sigillatim quæri solet, an, si cista clausa & signata tradita sit depositario, hic de singulis rebus, in cista comprehensis, respondere debeat, etiamsi ignoret, quænam res sint inclusæ. Affirmat *L. I. §. XLI. D. Deposit.* si prius depositarius de singulis rebus judici fidem faciat. Mihi sequentes casus videntur distinguendi. Aut cista tempore restitutionis clausa adhuc & signata est, aut sigilla fracta, vel, vim adhibitam esse, apparet. Illo in casu deponenti, qui, res sibi abesse, asserit, vix fides erit habenda, nisi adsint indicia falsi. Hoc vero in casu ex desigillatione oritur perfidiæ præsumtio, quæ depositarium, si alia ratione non possit elidere hanc præsumtionem, juramenti purgatorii præstatione onerat. Quodsi vero depositarius homo levis notæ, deponens vero integræ vitæ sit, hic ad juramentum suppletorium & in litem admittitur add. STRUV. *Exerc. XXI. thes. XLI.* STRYCK. *de Cautel. Contract. Sect. II. cap. III. §. VII.*

## Aphor. X.

REGULARITER EST PROHIBITA) Quatenus a judice, invitis etiam partibus, decernitur. Nam, volentibus partibus, judex contradicendi ne jus quidem habet. Quo nomine sequestrum etiam in voluntarium & necessarium distinguitur. Quod autem

autem ultima species regulariter sit prohibita vid. *L. unic. C. de prohibit. sequestr.* id inde est, quia possessione alterum privat, atque ingentes sumtus exposcit. Quare etiam, in causa possessionis, quæ dubia redditur a partibus, ad eam non prius devenienduḿ est, quam si de possessione alterius certo non constet. De hac enim, si dubium non sit, de quo judici, prævia causæ cognitione, facile constare potest, possessor potius mandatis poenalibus in possessione est tuendus MEVIUS *P. II. Decis. CCXXXIX.* Ex eadem ratione etiam LEYSER. *Spec. CLXXVII. med. III.* recte defendit, posse sequestrum, durante lite, alterutri litigantium, cujus jus valde liquidum apparet, restitui. Generatim itaque, ut judex sequestrum decernere possit, requiritur, periculum adesse damni alicujus irreparabilis, alterutri litigantium imminentis. Quare facilior est via ad sequestrum rei mobilis vel infructuosæ, cum hic solum præcaveri soleat, ne in alium transferatur locum. De re vero immobili si sermo est, metus dilapidationis, armorum, vel justa suspicio adesse debet, præjudicium irreparabile alterum alteri illaturum. Ut sic etiam puella, quæ duobus de matrimonio fidem dedit, in sequestrum dari possit *c. XIV.* X. *de sponsal.* STRYCK. *Us. Modern. tit. Depos.* §. *XV. & XVI.*

Tit.

# Tit. VII.
## De Contractu pignoris.
### Aphor. III.

SECURUS SIT CREDITOR DE DEBITO) Indeque est, quod jure Romano re oppignorata neque uti, neque aliquid ex pignore lucrari possit *L. XXII. pr. §. I. & II. D. de pignorat. action.* potest tamen pignus sibi obligatum alii iterum obligare *L. I. C. si pign. pign. det.* sed eo solum effectu, ut jus secundi creditoris ulterius non duret, quam primi creditoris, cum, resoluto jure dantis, resolvatur quoque jus accipientis. Quo casu dubium, utrum debitor, qui prius oppignoravit, si reluere velit pignus, agere statim possit personaliter cum creditoris creditore, ut pignus reddat, an creditorem suum convenire debeat, ut pignus liberet, vel actiones contra illum, qui pignus tenet, debitori cedat. Mihi sic videtur statuendum esse, directam actionem personalem debitori contra secundum creditorem non competere ob expressam *L. XXVII. D. de pignor. action.* utilem tamen habebit absque cessione eo in casu, quando suus creditor, rem sibi oppignoratam, secundo creditori, ut rem debitoris, vi juris, quod ipsi competebat, eaque intentione, ut debitori contra secundum creditorem acquireret actionem, pignori iterum dedit. Et de hoc casu accipio *L. XL. D. de pignorat. act. L. II. C. Si pign. pign. det.* Quodsi vero creditor primus rem oppignoratam tanquam suam alteri dedit pignori,

actione personali debitorem contra creditorem secundum experiri posse, vix mihi persuaderi patior, cum naturæ actionis personalis haut conveniat, ut contra tertium detur. Quare rei vindicatione potius experiri debet, nisi æstimatione pignoris, a primo creditore præstita, contentus esse velit. Nec enim ulla in Jure Romano lex extat, ex qua, debitori actione personali contra creditorem secundum indistincte experiundi datam esse facultatem, probari possit add. SCHILTER. *Exert. XXVI. th. XI.* BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. VIII. §. XXXIII.*

## Aphor. IV.

SOLVTO DEBITO) Et quidem non idonee solum per nummos probos *L. XXIV. §. I. de pignor. action.* sed & totum debitum cum omnibus accessionibus *L. XI. §. III. Eod.* actu ipso solvere debet debitor. Quodsi vero creditor moram committat in accipiendo, nec tamen actio pignoratitia ante solutionem debiti nascatur, necesse habet debitor, ut ad depositum, quod juris vocant, confugiat, atque se per solennem oblationem & depositionem ex præscripto *L. X. C. de pignorat. action.* ab obligatione liberet. Requiritur enim I) citatio creditoris ad videndum deponi II) oblatio realis & totalis in forma & materia III) opportuno loco & tempore facta IV) obsignatio a præsente judice competente peragenda, V) depositio in loco judicii, vid. BERGER. *Oec. Jur. Lib. III. Tit. XV. §. V.*

## Aphor. V.

CONTRA CREDITOREM) Non itaque, ut dixi, contra tertium possessorem, nisi eum, qui rem oppignoratam, ut rem debitoris, a creditore pignori iterum accepit. Secus igitur est, si creditor vel pignus, ut suam rem, oppignoraverit, vel pignus distraxerit. Tum enim rei vindicatione opus. Quam enim in contrarium afferunt *L. II. C. Si pign. pign. dat.* illa de pignore alienato plane silet. *L. III. C. si vendit. pign. agat.* actionem solum revocatoriam concedit contra eum, qui fraudis particeps pignus distractum emit. Nec Jus Canonicum novi quid statuit. Nam *c. VI. X. de pignorat. action.* debitori quidem contra tertium agere permittit, id autem mediante actione pignoratitia fieri posse, neutiquam disponit add. BÖHMERI *Jus Eccles. Protest. Lib. I. Tit. II. §. LXXII.* BERGER. *P. I. Supplem. ad Elect. Disc. Forens. p. 99. sqq. P. II. p. 215.*

## Aphor. VI.

NECESSARIO VEL UTILITER) De necessariis impensis res certa est, quod creditori restituendæ sint *L. VIII. pr. D. L. VII. C. de pignor. action.* Nec videtur prohibitio debitoris jus repetendi excludere, cum contra salutem publicam fiat, & Reipublicæ intersit, ut ædes ruinosæ fulciantur & reparentur STRYCK. *Us. Modern. Dig. tit. de negot. gest. §. ult. in fin.* Quod vero utiles impensas attinet, ut intra modum fiant, nec debitorem nimis onerent, requiritur. *L. XXV. D. de*

*pignor. action.* Qua in re tamen, cum necessario arbitrium judicis admittendum sit, isque impensas repetenti nimis favere possit, consultum omnino erit, ut debitor adjiciat contractui pactum, quod creditor absque suo consensu nil impendere debeat. vid. STRYCK. *Caut. Contr. Sect. II. cap. IV. §. XLIII.* & LEYSER. *Spec. CLVI. med. II.*

# Tit. VIII.

## De Stipulatione.

### Aphor. I.

STIPULATIO EST) Stipulatio Romanis erat actus legitimus, per solennem interrogationem, & congruam, quæ interrogantis verbum repetebat, responsionem a præsentibus peractus. Quo ipso statim patet, nullius hoc juris Romani argumentum hodie esse usus. Quodsi tamen ab iis, quæ actuum legitimorum naturam & verborum solennitatem sapiunt, discesseris, ut sic remaneat pactum, sive consensus duorum vel plurium in idem placitum, certe omnino utilitatem habebunt ea, quæ in stipulationibus obvia ad pactorum naturam proxime accedunt.

### Aphor. II.

CONSTET CERTA CAUSA) Consensum enim contrahentium specificum esse debere, & de certa re conceptum, jam supra dixi. Ubicunque itaque causa specialis debendi non subest, pactum nullam vim habet. Quamvis enim pactum, quod nihil certi determinat, obligationem naturalem habere possit, cum fundamentum obligationis ex utraque

utraque parte adsit; Jus tamen Civile ei ideo non assistit, quia istiusmodi pactum incertæ pollicitationis inextricabiles habet difficultates. Maluerunt itaque JCti implementum harum promissionum cujuslibet pudori relinquere, quam actionem concedere. *L. CVIII. §. I. de Verb. Oblig. L. LVI. §. III. D. L. XVII. C. Mand.* Sola promissio dotis excepta est, quippe quam, utut generaliter conceptam, leges tolerant, & dotem, pro modo facultatum promittentis & dignitate mariti, determinandam censent *L. LXIX. §. IV. de jur. dot. L. III. C. de dot. promiss.*

## Aphor. III.

Sponsiones) Rectius dixeris, sponsiones esse promissiones reciprocas, in eum casum factas, si eventus jam incertus, & utrique contrahentium ignotus, certus sit futurus. Hac enim ratione vides, naturam sponsionum eam esse, quod I) omnia requisita adesse debeant, quæ in pactis desiderantur. Sigillatim fiant bona fide, absque dolo & ambiguis aut sophisticis locutionibus. Alias enim vel plane nullam habebunt obligationem, vel interpretatio fiet contra eum, qui obscure locutus est, & juxta verborum proprietatem. Fiant etiam de re licita *L. XVII. §. fin. de præscr. verb.* II) Admittere sponsiones eas solum conditiones, quæ pactis adjici possunt. Sic vero non valebit sponsio, quæ vitæ, membrorum, vel famæ jacturam, quæ turpia, quæ derisoria præmii loco offert. III) Utrumque promittentem eventum nescire debere. Qui jam rei certam notitiam habet, & spondet tamen,

men, in dolo eſt, nec valet negotium, niſi bona fide, ſe jam notitiam rei habere, confeſſus ſit, alter vero nihiloſecius ſpondeat, quia tum pure donaſſe videtur. IV) Sponſiones æque de præteritis ac futuris fieri poſſe. V) Requiri quidem reciprocam promiſſionem, eam vero ex utraque parte æqualem quantitatem vix deſiderare. VI) Non valere ſponſiones, quatenus temerariæ ſunt, & ſic quoque de maxima bonorum parte conceptæ judicis moderationem admittunt, ne ſponſor egeat. add. LVDOVICI *Diſſ. de natur. & interpretat. Sponſionum.* FRIDERICVM HOHNDORFF *de ſponſionibus.*

## Tit. IX.
## De Fidejuſſoribus.
### Aphor. I.

EST FIDEJVSSIO) Fidejuſſio, ſi a ſolennitate ſtipulationis, quæ olim ad negotii efficaciam requirebatur, diſceſſeris, eſt pactum acceſſorium, quo quis obligationem alterius principalem, quæ præſtationem pecuniariam admittit, in ſecuritatem creditoris ita recipit, ut in ſubſidium reſpondere velit. Differt itaque fidejuſſor & expromiſſor, cum poſterior ipſam obligationem principalem ita in ſe derivet, ut, liberato plane debitore, ſe ipſum debitorem conſtituat. Deinde nomine quidem differunt fidejuſſor principalis, ſuccedaneus, conſtitutor, mandator, ratione præſtationis etiam fidejuſſor, & qui indemnitatem promittit. Omnium vero obligatio eſt ſubſidiaria. Nam ſuccedaneus fidejuſſor accedit in gratiam

tiam primi fidejussoris, qui indemnitatem promittit, de omni damno, quod vel creditor, vel fidejussor incurrit, respondet. Constitutor ex reiterata promissione ejus, quod pacto nudo quis erat pollicitus, accessorie obligatur. Mandator ex commendatione speciali, vel jussu, qui ipsam obligationem principalem inter creditorem & debitorem præcedit, obligatur, si debitor suæ obligationi haut satisfacit. Cæterum ex ipsa definitione infero. I) Nullam esse obligationem ex accessorio contractu, si nulla est ex principali. Et qui scivit, debitorem principalem non obligari, & intercedit tamen, non fidejubere, sed donare præsumitur *L. XXV. D. de fidejussor.* II) Fidejussorem accedere posse omni debito, quod interesse pecuniarium continet, sive ex contractu, sive ex delicto oriatur *L. VIII. §. V. L. LXX. §. V. D. Eod.* quousque legis prohibitio non obest, quale exemplum occurrit in *L. II. C. ne fidejuss. vel mand. dot. dent.* Sic vero per se patet, pro poena, quæ interesse pecuniarium excedit, recipienda, fidejussionem inutilem esse. III) Fidejussorem se non posse obligare pro majori summa præstanda, quam quæ est in obligatione principali. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VI. §. XXVIII.* IV) Posse tamen fidejussorem se obligare efficacius debitore ipso, cum sufficiat, creditori securitatem præstari. V) Fidejussoris obligationem extendi haut posse ulterius, quam quatenus obligationem in se recepit. Inde, si fidejussionem ad certum tempus restrinxit, & creditor post temporis lapsum a de-

bitore suum consequi non studet, fidejussio ratione futuri, & ejus intuitu, quod postea obligationi accessit, expirat *L. VII. C. de Locat. L. X. C. Mand.* Imo & ratione præteriti effectum amittit *L. XLIV. §. I. de Oblig. & action.* nisi creditor probet, debitorem jam, durante tempore fidejussionis, non solvendo factum esse WERNHER. *P. III. Obs. CVII.* vel interpellationem accessisse. IDEM *P. VII. Obs. XXXIV.* Quibus positis, facile patet, non opus esse protestatione, a fidejussore, se nolle amplius teneri, elapso tempore facienda, quod alias ipsi injungunt LAUTERBACH. *Compend. Jur. tit. de fidej. in fin.* BEYER. *Delin. Pandect. d. tit. §. XXX.* VI) Fidejussorem non posse prius conveniri, quam excusso debitore principali NOVELL. *IV. cap. I.* vel generatim, si probet creditor, debitorem desiisse esse solvendo, & quidem absque culpa ipsius creditoris CARPZOV. *P. II. Const. XVIII. def. XV.* VII) Formulas obligandi, in fidejussione adhibitas, si dubiæ sint significationis, ex natura tamen obligationis subsidiariæ ita explicandas esse, ne fidejussor damno afficiatur. Quapropter & formula, vi cujus fidejussor se, ut debitorem principalem, als ein Selbst-Schuldner, obligat, accipienda est de casu, si debitor principalis non solvat CARPZOV. *P. II. Const. XVII. def. IX.*

## Aphor. II.

SUNT VERO INHABILES) Eodem vero modo, quo foeminis, prohibetur etiam militibus & clericis, ne intercedant in *L. XXXI. C. Locat.* NOVELL. *CXXIII. cap. VI.* quod clericorum intuitu

intuitu approbat, *c. I. & penult. X. de fidejuss.* Dubitant tamen de harum dispositionum usu hodierno. Verum, quia causæ prohibitionis, ne milites a ministerio Reipublicæ, & Clerici a cultu divino & animarum cura abstrahantur, naturalem videntur habere rationem, consultius certe erit, ut nemo fidejussorem clericum vel militem facile recipiat.

BENEFICIUM SCTI VELLEJANI) Hoc Sctum, tanquam moribus & rationibus jurium nostrorum contrarium, cum omnibus clausulis suis in Germania exulare debere, demonstrandum sibi sumsit LUDWIGIUS *Diss. de Scto Vellejan. exule.* Et, ne quid dissimilem, proxime accedit ad leges prohibitivas, ipsaque mulierum intercessio eatenus est reprobata in Jure Romano, ut ne obligationem quidem naturalem producat, ideoque mulieri condictio competat, si contra Sctum solvit *L. XL. D. de condict. indeb. L. XXXII. §. I. ad Sctum Vellej.* Ipsa vero prohibitionis ratio Romanis propria videtur, cum intercessio, quia absque progressu in publicum fieri haut poterat, mulieres non deceret, virilibusque officiis annumeraretur. Sed enim vero, post temporum intervalla, & dum sequiori ætate Legislatores vel veram rationem nescirent, vel eam ab aliis scire nollent, privilegium magis mulierum fuisse videtur, ne ex intercessione obligatio in eas caderet, si nollent; omnisque ratio ejus ab imbecillitate sexus desumta est, *L. XXI. ad Sct. Vellej.* & nostris etiam hoc Sctum sub his qualitatibus innotuit. Quapropter nec dubitarunt

runt Romani, quin mulieres Sćto renunciare possint, absque omni solennitate vid. *L. fin. §. penult. D. Eod.* Novell. *CXVIII. cap. V.* præprimis vero *L. XXI. sqq. C. ad Sćtum Vellejan.* Si tamen quid video, principium illud, intercessionem mulierum ob legem prohibitivam esse infirmam, Romani solum neglexerunt, quando mulier extranei obligationem recepisset. E contrario vero retinuerunt, quando in gratiam mariti uxor intercederet. Nam, nullatenus hoc negotium valere debere, constat ex Novell. *CXXXIV. cap. VIII.* & Authent. *Si qua mulier C. ad Sćtum Vellejan.* Quod etiam me movet, ut existimem, uxorem de Jure Romano non potuisse renunciare legi huic prohibitivæ. Imo nec hodie, recepto semel Jure Romano, simplicem authenticæ renunciationem subsistere posse, pro certo habeo. Quod autem, si jurato facta sit, valeat, id principiis Juris Canonici originem debet, quod omne juramentum servare jubet, si, salva salute æterna, servari possit.

## Aphor. III.

Intercessiones pro alio factas) Res omnis eo redit, ut statuamus: Mulierem ex nullo contractu, neque principali, neque accessorio, obligari, quem in aliorum favorem, qui pinguius privilegium non habent, celebrat, cum eventu dubio, ut damnum certo prævidere non possit. Sic I) perinde est, sive alienam obligationem veterem sive novam, accessorie vel principaliter, recipiat. II) Non tamen confugere potest ad Sćtum, si

si intercessio in proprium suum commodum fiat, vel obligatio ad eam principaliter spectet *L. II. C. ad SCtum Vellejan.* Nam in propriis contractibus non juvatur *L. X. L. XII. L. XIII. C. Eod.* Sic etiam cessat SCtum, si aliquid accipit, ut intercedat *L. XXIII. C. Eod.* nec opus est, ut, quod accipit, proportionem habeat cum fidejussionis summa, ceu vult ZANGER. *de Except. P. III. cap. XI. n. 145.* Nam leges non distinguunt, nec casus concipi potest, ut quis foeminæ proportionatam summam offerat, cum ille, cujus tantæ sunt facultates, ut foeminam ex asse indemnem præstare possit, non opus habeat, ut pecuniam mutuo sumat. III) Non utitur SCto, si negotium, pro quo intercessit, sit magis favorabile, ut, puta, libertatis datio *L. XXIV. C. De SCto Vellej.* dotis promissio *L. XXV. C. Eod.* minorennitas creditoris, qui debitori inopi credit *L. XII. D. de minor.* IV) Non locum habet SCtum, si damnum certo prævidet, e. g. si donat *L. IV. §. I. D. ad SCtum Vellej.* si pignus reddit *L. VIII. pr. Eod.* si pro alio solvit *L. I. & IV. C. Eod.*

## Aphor. IV.

NON OBTINET SCTUM) Cum tota ratio SCti ab infirmitate & imbecillitate sexus desumi soleat, facile patet, semper cessare debere idem illud, quotiescunque damnum, in quod ob imbecillitatem sexus incidit, prætegere nequit. Cessat igitur, 1) si ab eo, pro quo fidejussit, indemnis præstita sit *L. XV. sqq. ad SCtum Vellej.* 2) si pecunia accepta in rem ejus sit versa NOVELL. *CXXXIV.*

*CXXXIV. cap. VIII.* 3) si negotiationem exercet, 4) si callide versatur *L. V. in fin. L. XVIII. C. ad SCtum Vellej.* quod & fit, quando sæpius de privilegio admonita, & jam liberata ab obligatione, se nihilosecius secunda vice obligat, 5) si, dum consiliariis propriis instructa est, infirmitatis præsidium allegare nequit HERING. *de fidejuss. cap. VII.*

EDOCTA FUERIT) Certioratio ipsa actus dicitur, quo rei alicujus ignotæ, quam tuto ignoramus, notitiam acquirimus. Eaque ideo utiliter in omnibus casibus adhibetur, quando quis non intelligit, nec intelligere debet jura, quibus renunciare cupit, vid. STRYCK. *Diss. de certiorat. jur. renunc.* Ut tamen ita fiat, quo effectum habere possit, omnino requiritur. Fiat itaque I) ab eo, qui ipse rei notitiam habet, II) in specie, III) verbis, quæ renuncians intelligit. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. I. cap. V. §. VI. sqq.* Cave vero existimes, juramenti præstationem per se effectum certiorationis habere, & defectus certiorationis supplere. Sunt enim juramenti & certiorationis diversi fines. Id intervenit, ne quis tam facile promisso contraveniat. Hoc, ne quis ignorantiam jurium, quibus renunciavit, prætegat. vid. STRYCK. *d. Diss. cap. II. n. 14.* MEVIUS *ad Jus Lubec. Lib. I. Tit. V. art. VII. n. 121.*

INTERCESSIO NON VALEAT) Id vero ex lege prohibitiva esse, jam diximus, cujus ratio procul dubio in eo consistit, quia minis aut importunis flagitationibus maritorum ad intercedendum inductæ

ductæ censentur, eædemque, minimum in gratiam mariti, cui contradicere non audent, se obligasse, præsumuntur. Inde recte inferunt Doctores. I) Non obligari mulierem, etiamsi beneficiorum suorum optime gnara fuerit, iisdemque jam sæpius erga alios creditores renunciarit LEYSER. *Spec. CLXXI. med. III.* II) Ne obligari quidem uxorem, quando in uno instrumento, tanquam correa debendi, una cum marito se principaliter obstrinxit, sed, subducta uxore, maritum solum teneri, WERNHER. *P. V. Obs. XLVI. P. VI. Obs. CCCLXIX.* Quare cautelam idem ille commendat creditoribus, ut uxorem solam, tanquam debitricem principalem, maritum vero, tanquam fidejussorem, cum renunciatione beneficii excussionis, accipiant. III) Et hoc inferri posse puto, renunciationes mulierum Juri Romano haut esse conformes, cum earum intercessio non sit privati arbitrii, vid. *L. VII. §. XIV. L. XXXVIII. L. XLII. D. de pact.* Verum, hodie simplices quidem renunciationes effectu suo destitui, Doctores existimant, juratæ tamen plenam vim tribuunt, modo tamen de Jure Saxonico Electorali juramentum actu corporali sit præstitum per *d.* DECIS. ELECT. *XXV.* cum alibi omnino sufficiat, juramentum qualicunque ratione accessisse, ceu recte defendit BRUNNEMANN. *Consil. LXXXIX.* ESBACH. *ad Carpzov. P. II. Const. XVI. def. VI.* SCHILTER. *Exerc. XXVIII. th. XI.* Verum enim vero id addamus, necesse est, prohibitionem, ne uxor intercedat, non extendendam esse ad viduam, sed hæc ipsa,

ipsa, si æs alienum mariti, dum viveret, in se recepit, & post ejus mortem denuo obligationem agnovit, jure aliarum mulierum censetur, quæ ex repetita intercessione obligantur. MEVIUS *P. VII. Decis. CCXXIX.* BERGER. *Oec. Jur. p. 617.* STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. II. cap. VI. §. VIII.*

## Aphor. V.

RATIONE SORTIS, QVAM VSVRARVM) Quod intellige de eo, qui fidejussit in omnem causam, ut clara *L. LIV. pr. Locat. L. LVI. §. II. de fidejuss.* docet. Qui vero simpliciter se obligavit, nisi usurarum tempore contracti debiti & initæ fidejussionis expresse facta sit mentio, de usuris non respondebit *L. LXVIII. §. I. de fidejuss.* BERGER. *Elect. Disc. Forens. Supplement. P. I. p. 833.* Quod non opus est, ut præcise ex natura negotiorum stricti juris derivemus, & ideo usum ejus hodiernum negemus, sed ipsa fidejussionis indoles nonnisi strictam interpretationem admittit, quia fidejussor de damno vitando ubique certat, sic vero naturale est, ut ultra intentionem suam non obligetur.

## Aphor. VI.

EXCVSSIONIS SEV ORDINIS) Quæ exceptio olim, ubi stipulatione peragebatur negotium, fidejussori denegabatur, cum stipulatio, cum fidejussore inita, contractus principalis esset, vid. *L. II. L. V. & L. XIX. C. de fidejuss.* Sed postea intentionem magis fidejussoris, qui accedebat solum obligationi

tioni debitoris principalis, respexerunt Legislatores, & cum effectu fidejussoris obligationem subsidiariam esse jusserunt, quousque creditor suum a debitore principali consequi posset. Quotiescunque igitur creditor probare potest, debitorem vel solvere non posse, vel in ea causa esse, ut exactio multas habeat difficultates, & quasi aleam contineat, fidejussor tenetur. Non tamen ipso jure fidejussori competit beneficium, sed urgere id ipsum debet fidejussor.

## Aphor. VII.

Beneficium divisionis) Quod iterum olim cessabat, quia creditor cum singulis fidejussoribus stipulationem, & contractum principalem ratione integri debiti principalis inibat, ideoque singuli fidejussores, ut correi debendi, in solidum tenebantur. Verum denuo æquum visum est Legislatoribus, ut obligatio, a pluribus suscepta, inter eosdem pro rata divideretur, modo obligatio per se esset dividua, Hering. *de fidejussor. P. II. cap. XXVII. n. 92.*

## Aphor. VIII.

Beneficium cedendarum actionum) Quod in subsidium confidejussoribus concessum est, ut hoc ipso, si pro confidejussore solverent, contra eundem, quam non habebant, ex cessione, a creditore facta, acquirerent actionem. Recteque adhuc ad hoc beneficium provocant, etiamsi eidem renunciaverint. Quamvis enim ad jura renunciata regulariter non detur regressus, creditor

tor tamen ex hac contraventione damnum non habet, sed regulam, quod tibi non nocet & alteri prodest, ad id potes compelli, agnoscere debet, CARPZOV. *P. II. Const. XVII. defin. XVII.* Contra confidejussores itaque, ut actionem haberet fidejussor, inventum est beneficium. Sed ob paritatem rationis fidejussor recte eodem utitur, ut cum ipso debitore agat, si forsan pro invito fidejusserit *L. XVII. L. XLI. §. I. de solut.* Imo, ipsa illa cessio utilitatem præstare potest, etiamsi jam alias contra debitorem actio competat, si nempe pinguior erat actio creditoris contra debitorem, quam remedium, quo fidejussor contra eundem uti poterat.

SOLVTIONEM DENEGAT, VSQVE DVM) Nam existimant interpretes, de cedendis actionibus sollicitum esse debere fidejussorem, antequam solvat, cum solutio ipsius creditoris jus & actionem extinguat. Sed enim vero, si dicendum quod res est, fidejussor, qui confidejussorem liberat, negotia ejus gerit, eoque nomine recte cum illo agit, & sic, etiamsi cedi sibi actiones non curet, sibi tamen actione negotiorum gestorum consulere potest. Atque hoc est, quod dicitur in *L. XXXVI. D. de fidejussor.* fidejussorem non simpliciter solvere, sed nomen potius debitoris emere.

## Aphor. IX.

ACTIO MANDATI, VEL NEGOTIORVM GESTORVM). Quatenus vel pro sciente *L. XIV. C. de fidej.* vel pro ignorante, fidejussit, & creditori re ipsa satisfecit. Antequam vero debitorem liberavit, actionem regulariter non habet, quamvis

vis sufficiat, creditori quomodocunque satisfactum esse, ut sic etiam agere possit, tametsi, interveniente donatione, vel remissione debiti, in sui favorem facta, nil solverit *L. X. §. XIII. D. Mand.* Quicquid autem solvit de suo, tanquam sortem solvit, eoque nomine, licet usuras creditori cum sorte præstiterit, nihilosecius usuras iterum exigit *L. XXXVII. D. de usur.* Ita responderunt JCti Jenenses M. Januar. 1737.

## Aphor. X.

CERTIS ETIAM CASIBUS) Si nempe debitor vel differat solutionem, vel bona dilapidare incipiat *L. XXXVIII. §. I. D. L. X. C. Mand.* Eadem ratione agit fidejussor, quando pro debito alieno ratione officii intercessit *L. XVI. de contr. tutel. action.*

# Tit. X.

# De duobus reis.

## Aphor. II.

OMNIBUS CORREIS ONEROSA) Qui enim ex causa lucrativa, quod pluribus debetur, solidum exigit & accipit, sibi vigilare dicitur. Quæ distinctio tamen hodie usum non habet, sed correus correo semper communicat, quicquid accepit, licet nec socius sit, nec ita expresse convenerit BERGER. *Oec. Jur. Lib. III. tit. III. §. III. n. 4.*

## Aphor. IV.

PRO RATA TANTUM SOLVAT) Quando obligatio ipsa dividua est. Ex correis delinquen-

di enim quilibet regulariter in solidum tenetur, si delictum ipsum & damnum datum divisionem non recipiat. Quod autem in correali obligatione ex contractu pluribus promissoribus beneficium divisionis concessum sit, id non simpliciter cessare facit obligationem correalem, sed circumspectus sit ille, cui promittitur, ut isti beneficio renunciari curet.

## Lib. XI.
## De Contractibus Consensualibus in genere, & in specie de emtione venditione.

### Aphor. II.

INITUS CONSENSU) Neque igitur scriptura neque arrha ad essentiam contractus emtionis venditionis pertinet, sed, ceu infra videbimus, illa probationis solum gratia accedit, hæc vero Jure Romano, ut ex *pr. J. de emtion. L. XVII. C. Eod.* plerumque interveniebat eo fine, ut licentia esset, arrha commissa, a contractu iterum recedendi. Hodie aliquando confirmationis causa additur, & signum est, contractum jam esse perfectum, nec licere amplius partibus a contractu discedere vid. THOMASII *Diss. de arrhis emtionum.*

### Aphor. III.

ET ALIENARE QUEUNT) Verum & adde, quod in ementibus vendentibus sigillatim emendi vendendique adesse debeat habilitas. Nam non lege solum, & testamento, sed & pacto, ut ge-

ne-

neratim alienandi facultas, ita & emendi vendendique licentia restringi potest. Prohibet nominatim *L. XXXIV. §. fin. C. XLVI. de contrah. emtion.* ne tutores vel curatores pupillorum aut minorum res emant, ne sibi potius prospiciant. Arcentur ab emendo, qui aliquam potestatem habent *L. XLVII. D. Eod. L. XLVI. §. II. de jur. fisci.* Idem juris esse dicunt, si medicus ab ægroto vult emere, ob *L. III. D. de extraordin. cognition.* Sed ex inspectione legis unicuique patefit, casum ibi solum specialem de medico proponi, qui contra bonam fidem ægrotum, sub periculo amittendorum oculorum, ad vendendas possessiones compulerat. Quapropter lex ad medicos, qui bona fide emunt, neutiquam pertinet. Id tamen constat, clericis emtionem negotiatoriam sive mercaturam interdictam esse *c. XVI. X. de vit. & honest. Cleric.* Ex antiqua etiam consuetudine Nobiles in Germania, quia olim ingenuum decebat, ut militatum abiret, indignum statu ingenuitatis esse existimant, mercaturæ operam dare Hertius *de feud. Nobil. Sect. II.* At enimvero hæ prohibitiones ipsis facultatem, res in prædiis suis natas vendendi, non adimunt Ziegler. *de jur. majest. L. I. cap. XLI. §. XIII. sqq.* Denique subditis non licet, ut hostibus talia vendant, quæ ad instruendam militiam spectant *L. IV. & ult. C. de commerc.* Stryck. *Us. Modern. tit. de contrab. emt. §. VII. sqq.*

## Aphor. IV.

Magis contrarium sit) Consensui etiam

iam contraria sunt vis & metus. Et sic regulariter nemo cogi potest, ut emat vel vendat. *L. XIV. C. de contrab. emt. L. IX. C. de jud. L. XVI. C. de jur. deliber.* Nil tamen obstat, ne Princeps, salute Reipublicæ id exigente, necessitatem emendi vendendique civibus imponat, vid. THOMASII *Diss. de pretio affect. in res fungibil. non cad. cap. II. §. V.*

QVAM ERROR) Paucis nota: Error in substantialibus, sive circa ipsum contractum versetur, sive circa objectum, sive circa pretium, sive circa materiam, contractum vitiat *L. IX. pr. & §. II. de contrab. emtion.* Si in accidentalibus occurrat, id est, in illis, quæ emtor principaliter ante oculos non habuit, & sine quo nihilosecius contracturus fuisset, emtio subsistit, ita tamen, ut pretium ad æquitatem redigatur, & actio ad id, quod interest, locum habeat MENCKE *Tract. Synopt. Pand. tit. de emt. vendit.* WERNHER. *P. IV. Obs. CC.*

## Aphor. V.

QVAE DEBET ESSE) Debet etiam ita esse comparata, ut contractus emtionis venditionis in eam cadat. Sic verbi gratia hinc inde prohibetur, ne pertinentias a fundo principali alienando separemus, cum Reipublicæ ratione onerum maximopere intersit, ne prædiorum partes distrahantur. Quod fundamentum est juris reuniendi pertinentias, de quo BODINVS egit *peculiari Differt.* & plura notatu digna exhibet LEYSER. *Spec. C. per tot.* Sic libros improbos, magicos, atheos, hære-

hæreticos, blasphemos, commercio eximit *L. IV. §. I. Famil. ercisc. L. VI.* §. *I. L. VIII.* §. *V. C. de hæret.* res litigiosas *L. II. de litigios.* venena *L. XXXV. §. II. de contrab. emtion.* Atque has res, quarum venditionem leges interdicunt, ipse etiam venditor revocare potest. Sed, si prohibitio emtionis forsan ex pacto sit, neque venditor, neque, qui alienationem prohibuit, rem a tertio possessore revocare potest, nisi clausula commissoria pacto fuerit addita, ut ipso jure contractus debeat esse nullus, si res contra pactum distrahatur *L. XIII. in fin. de pignor. action. junct. L. XX. §. ult. D. quib. mod. pign. solvat.* add. *L. V. C. si mancip. ita fuer. alien. L. fin. C. de reb. alien. non alienand.* STRYCK. *de Cautel. Contract. Sect. I. cap. III.* §. *XXXIII.* vel nisi tertius ille possessor sciens rem comparaverit CARPZOV. *P. II. Const XXXII. def. XII.* WERNHER. *P. II. Obs. CCCCXXV.*

VEL AD CORPVS) Multum interest, quomodo res venditur, cum ratione quantitatis, tum respectu periculi & præstationum. Nempe, quando de quantitate vendita sermo est, primario ad id respiciendum, utrum illa restrictive, an modificative, an denique demonstrative adjecta sit. Istud fit, quando pretium in singulas mensuras statuitur. Illud fit, quando integrum quidem corpus emo, addito tamen modo, ut certa quantitas præstetur. Hoc fit, quando simpliciter ad corpus vel per aversionem emo, pretio in singulas mensuras non constituto. In primo casu emtio venditio

ante traditionem est imperfecta, & periculum ad venditorem adhuc spectat *L. II. C. de peric. & commod. rei vend.* quantitas quoque præcise præstanda est. In secundo casu emtio statim est perfecta, & periculum emtoris. Quantitas vero iterum a venditore præcise est præstanda, alias pretium minuitur. Major vero quantitas, si reperiatur, pretium non augetur, quia modum in sui favorem adjecit emtor *L. XIII. §. XIV. L. XXXVIII. D. de action. emti.* In tertio casu, ratione periculi idem juris est, quod in casu antecedente. Etsi vero quantitas, de qua cogitavi, non adsit, pretium tamen non minuitur, nec augetur, quia spem emi & totum *L. XXXV. §. V. de contrah. emtion.* add. STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VIII.* §. *XXX. sqq.*

COHAESERIT REI VENDITAE) Generalis itaque regula est: Fundo vendito, ea omnia, quæ fundi sunt, id est, vel pars ejus sunt, vel ad fundum pertinent, vendita censentur *L. XIII. §. XXXI. D. de action. emti.* Pertinent huc I) fructus *L. XIII. §. X. Eod.* quia pars fundi sunt. *L. XLIV. de Rei Vind.* II) Quæ perpetui usus causa in fundo sunt *L. XVII. §. VIII. Eod.* quamvis hoc fallat in instrumentis bey denen Inventarien-Stücken LEYSER. *Spec. CCX. med. X.* III) Pertinentiæ, quales iterum dicuntur, quæ actualiter ad rem venditam destinatæ sunt, ut perpetuo ei cohæreant. Non itaque sola compossessio sufficit ad hanc qualitatem partibus prædiorum conciliandam, sed incorporatio requiritur *L. III. & V. C. de bon. vacantib.* Eaque vel expresse fit, quando pertinentiæ

tiæ in libris censualibus, tanquam partes rei principali cohærentes, commemorantur, & sigillatim onera imposita non habent, vel tacite, quando, accedente longo usu, possessor partem ad rem principalem ita destinavit, ut appareat, eum hanc partem separatam habere nolle. add. LEYSER. *Spec. CI.* Quæ cum ita sint, nec res vel jura, quæ per se extra commercium sunt, fundo principali, cui cohærent, vendito, excipiuntur, sed per consequentiam eum sequuntur v. c. templum, coemiterium, jus patronatus. vid. *L. XXIV. de contrah. emtion.* Venditor igitur, qui ex fundi accessionibus sibi quædam retinere cupit, id agere debet, ut eas a contractu expresse eximat *arg.* § *L. XCIX. de Verb. Oblig.* add. *L. XXXIX. de pact.*

## Aphor. VI.

IN PECUNIA NUMERATA) Nil tamen obstat, ne & res pro re detur. Qua de re olim gravis inter JCtos intercessit dissensio, cujus meminit *L. I. D. de contrah. emt.* postea a Justiniano decisa *in* §. *II. J. de emt. vendit.* Res eo redit. In dubio, si partim res, partim pretium interveniat, emtio magis, quam permutatio præsumitur. HUBER. *Prælect. ad Dig. tit. de emtion.* §. *VI.* SCHILTER. *Ex. XXX.* §. *XX.* Alias a potiori fit denominatio. Imo & potest emtio esse, etiamsi res pro re absque interventione pretii detur, si partes res prius æstimaverint. Quare nec vilipendenda intentio partium, in quæstione dijudicanda, utrum emtionem an permutationem celebraverint. Nam certe in effectu multum interest, quem contractum

existimes adesse vid. BÖHMER. *Jur. Digest. tit. de contrab. emtion.* §. XXI.

DIFFICVLTATEM AESTIMATIONVM RERVM) Inde satis constat, in rebus, quæ certam jam habent æstimationem, sive a lege, sive a magistratu, quod pretium legitimum dicitur, adeo exactam observandam esse justitiam, ut & de læsione minima querela permittatur, quia his in casibus determinatio pretii non est res privati arbitrii. Sic vides, publica auctoritate limites poni cauponibus, lanionibus, pistoribus, aliisque opificibus, quos in æstimatione esculentorum & potulentorum egredi nefas est.

## Aphor. VII.

QVAM SI SCRIPTVRA) Quod actum esse colligimus, quando formula utuntur, daß ein schriftlicher Contract geschlossen worden. Multum itaque interest, ut dispiciamus, quid partes egerint. Scriptura enim, quamvis accesserit, id tamen probationis solum causa factum censetur, siquidem jam majoribus nostris solenne fuit, ut de rebus immobilibus scriptura interveniente paciscerentur, nec tamen ea essentiam negotii ingrederetur. Quare, si dissentiant post scripturam in iis, quæ scripta sunt, res tamen ex eo decidenda est, de quo consensum interposuerunt. Nec obligationi quicquam decedit, etiamsi scriptura vitiosa sit. Quodsi vero de eo convenerunt, ut non, nisi scriptura interveniente, obligarentur, contractus ipse perfectus non est, nec obligationem producit, ante, quam scriptura absoluta, in mundum

dum redacta, prælecta, & subscripta sit *L. XVII. C. de fid. instrum.* ORDIN. *Maximil. I.* von *Notarien de anno 1512. §. XVI. sq.* STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VIII. §. II. sqq.*

## Aphor. VIII.

PRETIVM SOLVAT) Idque præcise, sive publica sive privata sit emtio *L. XV. §. VII. de re judic. L. V. §. I. de jur. fisc.* ita, ut nec cautionem, etsi maxime idoneam, venditori obtrudere, sed venditor potius, rem, quousque pretium non solutum, vel fides de eo habita est, sibi servare possit *L. XIII. §. VIII. de action. emt.* Imo ne hoc quidem emtori permittitur, ut sub prætextu evictionis pretium retinere, vel cautionem a venditore urgere possit, nisi vel consuetudo loci id exigat, vel ita conventum sit *L. VI. L. XXVII. pr. L. LVII. pr. de evict.* Quodsi vero jam tempore contractus evictio immineat, emtor a venditore recte urget satisdationem, & ad hujus præstationem, si paratus sit venditor, emtor pretium nihilosecius solvere debet *L. XXIV. C. de evict. L. XVIII. §. I. de peric. & comm. rei vend.* CARPZOV. *P. II. Const. XXXIV. def. XXXI.*

OB MORAM IN SOLVENDO COMMISSAM) Moram vero lex statim inducit, si res emtori tradita, isque hujus possessionem nactus est. Nisi enim venditor fidem de pretio habuerit, daß das Kaufgeld Terminweise bezahlet werden soll, & usuras sibi stipulatus non sit, emtor, qui rem habet, statim sine omni mora ad usuras obligatur, ne duplex lucrum ex re emta & pecunia sua, eodem

tempore ſentiat *L. XIII. §. XX. D. L. V. C. de action. emt.* Imo, cum omnis ratio impoſitæ uſuras exſolvendi obligationis in fructuum perceptione ponatur, ne opus quidem eſt, ut emtor poſſesſionem rei acquiſiverit, ſed hoc ſufficit, quod fructus perceperit. Quare etiam, licet vel maxime pretium ex juſta cauſa, forſan ob evictionem, retineat emtor, ſolvit tamen uſuras, ſi fructus ex re emta jam percipit BERGER. *P. I. Reſp. CCXI.* niſi ſe per depoſitionem judicialem pretii ab hoc onere liberet.

## Aphor. IX.

ET OMNIBVS ACCESSIONIBVS) Venditoris obligatio eo redit, ut I) rem tradat præciſe. Nam per præſtationem intereſſe non liberatur, quousque res ipſa adhuc extat *§. II. J. de donat. L. VI. C. de reſcind. vendit.* HILLIGER. *ad Donell. Lib. XIII. cap. II. lit. a.* II) Ut tradat poſſeſſionem vacuam. Quare, ſi alius forſan rei inſiſtit titulo dominii, pignoris, vel alio, emtor de dolo recte agit, & conventus de ſolvendo pretio de dolo excipit, & venditor de omni intereſſe tenetur *L. VI. §. ult D. L. XXX. §. ult. D. de action. emt.* WERNHER. *P. VIII. Obſ. CCCCXLIII.* III) ut generatim omnes rei venditæ qualitates, quas emtorem ſcire intereſt, huic indicet *L. I. §. I. de action. emt.* Nam, emtio venditio, ut dicunt, lucem amat, & venditor, qui quicquam illorum reticet, inſidioſe diſſimulare dicitur *L. XLIII. §. II. de contrah. emtion.* etiamſi ad corpus vendiderit. *L. XXXIX. de action. emt.* Quare & onera

nera privata & extraordinaria reticere nequit, nisi velit respondere de eo, quod interest. Onera tamen publica, & solita, quæ rei inhærent, indicare non tenetur, quamvis æque de dolo teneatur, quando interrogatus de his oneribus fundum optimum maximum dixerit. IV) Ut rem tradat ad usum habilem & in debita qualitate *L. XI. §. V. D. de action. emt. L. XLV. D. de contrah. emtion.* WERNHER. *P. II. Obs. CCCCXXVII.*

## Aphor. X.

NON TAMEN TRANSFERATUR DOMINIUM) Regula generalis est: Perfecta emtione venditione commodum & periculum rei venditæ esse emtoris. Quamvis enim res tradita nondum sit, nec ideo rei vindicatione uti possit emtor, fit tamen eo effectu dominus naturalis, ut & fructus suos faciat, & casum sentiat, HUBER. *Pral. ad J. tit. de emt. vend. §. X. & Digress. Lib. IV. cap. VIII.* quatenus mora venditoris in tradendo non concurrit. Ut tamen hunc effectum habeat emtio venditio, omnino perfecta esse debet. Et quidem ita perfecta, ut inter partes & de pretio, & de re, jam convenerit, & consensus rite atque pure declaratus sit. Sed imperfecta licet emtione venditione, tum tamen periculum emtoris esse incipit, quando præfixo ad traditionem & consummationem die non venit, suaque culpa & mora in accipiendo efficit, ut perfici nequeat emtio venditio. Nam tum venditor de dolo solum & lata culpa tenetur *L. V. D. de peric. & commod. rei vend.* Imo venditor hoc in casu recte utitur remedio *L. I.*

*§. III.*

*§. III. D. de peric. & commod. rei vendit.* &, prævia denunciatione emtori facta, rem, maxime ad gustum & ad mensurationem venditam, derelinquit, seque ab ejus custodia liberat per effusionem, & abjectionem. Non tamen emtio venditio ob moram emtoris in accipiendo irrita fit, sed adhuc ad implementum agendum est. *L. XIV. C. de rescind. vendit.*

Judicialis resignatio) Requiritur hæc resignatio generatim, si prædia immobilia veneant, eaque ipsa ab antiquo ritu derivanda videtur, quo civibus tempore Henrici Aucupis, præstito prius pro defendenda civitate juramento fidelitatis, prædia feudi instar concedebantur a magistratu civitatis. Tria autem complectitur resignatio I) ut alienans jus suum judicialiter resignet Jus Prov. Saxon. *L. II. art. XXX.* II) ut rem immobilem judicialiter tradat. Jus Weichbild. *art. LX. in fin.* III) ut sequatur investitura judicialis die Anweisung und Belehnung *d.* Jus VVeichbild *art. XX.* Alibi, ut jure Lubecensi, actus peragitur per inscriptionem in librum civitatis publicum. Cæterum in Saxonia resignationem accedere debere semper, quando immobilia venduntur, lex publica in Decis. Elect. *LXI.* jubet. Quicquid vero hujus rei sit, non tamen ad eum effectum resignatio judicialis accedere debet, ut periculum & commodum fiat emtoris, sed hic nihilosecius, perfecta ex consensu emtione venditione, utrumque suum facit, eoque nomine cum venditore agit; Sed id solummodo proprium est huic nego-

negotio, ut, quamdiu nondum accessit, emtoris jus solum personale sit, nec reale esse incipiat, traditione extrajudiciali peracta, atque facultatem, rem vindicandi, vel actione Publiciana contra tertium possessorem experiundi, vel hypothecam constituendi, producat. Quod Jure Romano secus est, cum, emtione venditione per simplicem traditionem consummata, emtor efficax omnino dominium acquirat, & venditoris dominium plane cesset, adeoque & ille, ut verus & civilis dominus, contra tertium agere possit. add. WERNHER. *P. III. Obs. XXV. P. II. Obs. CCCLXX. P. IX. Obs. LXXIX.*

## Aphor. XII.

ACTIO MVTVA EMTI VENDITI) Qvia vero contractus ipse bilateralis est, & obligationes utrinque directas producit, neque emtor neque venditor actione cum effectu utitur, nisi ex sua parte contractum adimpleverit, idque, quod in obligatione erat, prius præstiterit. Alias enim ipsi obstat exceptio non adimpleti contractus *L. XI.* §. *II. L. XIII.* §. *VIII. de action. emt. vendit.* quæ, cum ex natura negotii fluat, onus probandi in ipsum actorem devolvit, & in omnibus contractibus bilateralibus locum sibi vindicat. Cave tamen, quod incauti facere solent, cum hac exceptione confundas exceptionem præstandæ evictionis. Evictionis enim præstatio non per modum exceptionis urgeri potest, sed ea de re emtor cum venditore, interveniente actione ordinaria, agere debet, ut suo loco videbimus.

Aph.

## Aphor. XIII.

Addictio in diem) Quod pactum, quamvis alias in specie sit adjiciendum, in venditionibus tamen fiscalibus subintelligitur, iisque tacite inest *L. IV. C. de fide & jur. hast. publ. L. I. C. de vend. rer. civit.* Unde merito vapulat Praxis, quæ, meliori conditione oblata, emtorem priorem statim liberat. Nam pactum hoc venditoris arbitrio id ipsum relinquit, an velit meliorem conditionem oblatam acceptare. Ut sic prior emtor tamdiu maneat obligatus, quamdiu venditor cum secundo emtore contractum nondum perfecit add. *L. IX. D. de addict. in diem.*

Seu meliorem conditionem) Non itaque melior conditio æstimanda unice ex quantitate pretii, sed ex quovis emolumento, quod majorem conditione, a priori emtore oblata, utilitatem complectitur *L. IV. §. fin. L. V. L. XV. de addict. in diem.* Adest itaque melior conditio, si secundus emtor faciliorem, maturiorem, magis opportunam offert solutionem, si emit levioribus conditionibus.

Acceptare) Multum vero interest, utrum sub conditione resolutiva, an sub conditione suspensiva pactum sit initum. Id fit, quando convenit, ut meliore conditione ab emtione discedatur. Hoc, si pacti sunt, ut, nisi melior conditio offeratur, emtio perficiatur. Ibi dominium rei in emtorem statim transit. Hic, cum justus titulus desit, nec emtor rem cum animo sibi habendi possideat, ne usucapio quidem procedit. Ibi, con-

conditione meliori oblata, & a venditore acceptata, fingitur, emtionem nunquam fuisse celebratam, & sic emtor, qui interim possedit, fructus etiam perceptos restituit. Hic, quia re ipsa emtio perficitur, jure dominii fructus perceptos irrevocabiliter suos facit. Ibi venditor, quia dominium non amisit, rem a primo venditore vindicat. Hic, quia dominium in emtorem transtulit, ad reddendum ex contractu actione personali utitur.

## Aphor. XIV.

Res sit inemta) Hoc pactum igitur simpliciter venditoris arbitrio relinquit, ratam an irritam emtionem velit, & sic etiam, non obstante lege commissoria, ad implendum tamen agere potest *L. III. sqq. D. de Lege Commiss.* In addictione vero in diem tum demum irrita fiebat emtio, si prior emtor novam conditionem, a tertio oblatam, præstare nollet. Deinde lex commissoria regulariter conditionem resolutivam continet, cum addictio in diem etiam sub suspensiva conditione iniretur. Cæterum moram emtoris in solvendo præsupponit lex commissoria, quæ certe adest, etiamsi vel maxime pars pretii interim soluta sit *L. IV. §. I. L. V. de Lege Commiss.* Et simulac mora adest, ipso jure res est inemta, nec ideo emtor invito venditore moram purgare potest: Cessante vero mora in solvendo, cessat lex commissoria. Quare & emtor omnino audiendus *L. fin. Eod.*

## Aphor. XVI.

Redimendi) Quamvis igitur huic pacto conditio resolutiva insit, & emtor interim vere do-

dominus rei emtæ fiat, consultum tamen est, ut verba directa & resolutiva adhibeantur, ita concepta, ut appareat, voluisse venditorem, ut res inemta sit, & retrovenditio cesset, simulac eam redimet. Nam id efficit, ut dominium rei venditæ ipso jure iterum consequatur, atque ideo rem venditam & redimendam a tertio quovis possessore redimere possit, cum alias actione solum personali ex pacto contra emtorem experiri debeat STRYCKI *de Cautel. Contr. Sect. II. cap. VIII. n. 55.* WERNHER. *P. IV. Obs. CXXX. P. IX. Obs. XXIV.* Imo & effectum suum habebit clausula de re interim non alienanda vel oppignoranda, de qua jam alibi diximus.

## Aphor. XVII.

COMPETERE INCIPIT) Eo effectu, ut venditor jus reluendi per triginta annos exercere possit. Cæterum terminus a quo elapsus denuo currere non incipit, nec, si statim non experiatur venditor, tacite renovatus intelligi potest *L. XLIV. §. I. de obligat. & act.* LEYSER. *Spec. CXCI. med. VIII.*

## Aphor. XVIII.

VEL SI ITA CONVENERIT) Imo potius, tum demum pretium determinatum ab initio erit solvendum, si ita convenerit. Si de pretio partes nil dixerint, tantum reluens solvere debet, quanti res in præsens venire potest. Nam dum retrovenditio fit, novus omnino contractus, novaque emtio venditio celebratur, vid. *L. LVIII. D. de pact.*

BER-

BERLICH. *L. II. Concl. II. n. 39.* Plura argumenta in subsidium vocat LEYSER. *n. Spec. CXCI. med. IX.* Multum vero interest, utrum res retrovendenda veneat pretio, quo olim vendebatur, an æstimatio præsentis temporis spectetur. Hoc enim in casu de sumtibus & impensis non respondet reluens, quia re ipsa denuo emit. Ibi vero, quia reluit magis, emtori priori ratione sumtuum & impensarum indemnitatem præstat, quamvis in utroque casu res præcise restituenda sit cum fructibus pendentibus *L. II. C. de pact. inter emtor. & vendit.*

REI VENDITAE VTILITATEM) Ergo utiles quidem, non vero necessarias, quæ ad rei conservationem spectant, refundet. Has enim, quod attinet, naturale est, ut, qui commodum rei habet, incommodum etiam sentiat. Certe emtor tamdiu, quamdiu res non redimitur, dominus est, & fructus percipit, sic vero procul dubio suis sumtibus rem sartam tectamque conservare debet, cum & simplex usufructuarius id ipsum facere debeat, utut dominium non habeat *L. VII. C. de usufr.* Quodsi vero emtor rem in meliori statu, quam in quo eam accepit, vel in quo eam restituere debebat, reddit venditori, hic, ut æquitatem agnoscat, atque lucrum, quod alias cum alterius damno caperet, compenset, omnino rationis est. Sed, ut diximus, cessat restitutio impensarum, si veram rei æstimationem, quæ est tempore retrovenditionis, præstet venditor.

## Aphor. XX.

LEGE ET CONSVETVDINE) Imo etiam testamento. Differt vero quam maxime jus protimiſeos teſtamento vel lege conſtitutum a jure protimiſeos conventionali. Hoc enim jus perſonale ſolum tribuit, nec vindicari poteſt res contra pactum in tertium jam translata. *L. II. C. de pact. inter emtor. & vendit. L. ult. §. ult. de contrah. emtion.* Nam pactum per ſe alienationem & translationem dominii in tertium non impedit. *L. LXI. D. de pact.* Jus vero protimiſeos legale & teſtamentarium facultatem tribuit, rem a tertio poſſeſſore retrahendi, & ſic actionem realem parit. Quare etiam incongrue ſatis jus protimiſeos conventionale & jus retractus Doctoribus in promiſcua ſignificatione venit, cum proprie jus retractus in jure repetendi rem venditam a tertio etiam poſſeſſore conſiſtat STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. VI. cap. I. §. III.* Deinde jus protimiſeos conventionale cedi poteſt, non vero jus retractus, quippe quod regulariter certam perſonæ qualitatem præſupponit, & in jure ſingulari conſiſtit. Denique, qui ob retractum actione reali utitur, eam intra annum inſtituere debet, quod iterum ſecus in actione perſonali, quæ perpetua eſt.

SI EMTOR SCIVERIT PACTVM) Nec absque ratione defenditur, hoc in caſu, ſi tertius poſſeſſor pacti conſcius ſit, actionem contra eum dari. Nam non argumentum ſolum deſumi poteſt ab actione Pauliana, quæ contra eum, qui doloſe

emit

emit in alterius fraudem, locum habet; sed etiam juris est, ut re duobus vendita, prior posteriori ob solam hujus scientiam præferatur. Quidni igitur eodem modo judicium ferendum de eo, qui, non ignorans alteri jus Protimiseos competere, emit. vid. WERNHER. *P. II. obs. CCCXXV.* Sed, ne quid dissimulemus, consultum omnino est, ut, qui rescisсit, venditorem pacto contravenire velle, tempestive protestetur, & jus suum conservet.

## Aphor. XXII.

SOLUM EO CASU) Ut quis jure Protimiseos conventionali uti possit, duo requiruntur I) ut, quod Auctor monet, res vendatur extraneo. II) Ut, qui ad jus Protimiseos provocat, easdem præstationes implere possit, quas venditor ab extraneo expectat. Sic translata re in heredem proximum jus ideo cessat, quia non heres solum una cum venditore persona esse censetur, sed præterea etiam hoc negotium non alienationem, sed anticipationem juris successionis complectitur. Cumque in donatione, permutatione & aliis negotiis præter emtionem venditionem peculiares plerumque interveniant præstationes, quæ ab omnibus impleri nequeunt, merito inefficax dixeris jus Protimiseos, quando res alio potius, quam emtionis venditionis contractu interveniente, in tertium transfertur.

## Aphor. XXIV.

LEGALE ET CONSUETUDINARIUM EST) Omnes species retractus legalis ab Auctore enu-

meratæ, ſi a jure protimiſeos, quod domino dire-cto in Emphyteuſi vendenda competit, diſceſſeris, in jure magis ſtatutario & locali, quam in communi & certo, in Germania nituntur. Nam ne gentilitius quidem retractus, qui ex capite conſanguinitatis exercetur, univerſalis eſt. Certe Conſtitutio Friderici *V. Feud. XIII.* quæ & hanc & alias retractus ſpecies ordinat, adeo dubiæ auctoritatis eſt, ut vel neſciamus, qua in provincia vel civitate & cui populo data ſit vid. HORN. *Jurisprud. Feud. cap. I. §. XXV.* Ut ſic rem acu tangere videantur, qui retractus legalis hanc illamve ſpeciem univerſaliter locum habere negant, eumque, qui retractum exercere cupit, ſi legis ipſius provincialis diſpoſitio deſit, oneri probandi ſubjiciunt, locum eundem habere.

## Aphor. XXV.

ALIVD RECEPTVM) Exemplum refert WERNHER. *P. I. Obſ. XXVII.* Sed & hoc loco recte monet, ſtrictam hic ſemper, ceu alias fieri ſolet, ubi de conſuetudine ſermo eſt, tenendam eſſe interpretandi rationem. Indeque ſufficere putat, oblationem verbalem eſſe factam, & ſigillatim talem conſuetudinem, quæ ruſticos neceſſitate offerendi ea, quæ ad victum pertinent, onerat, ad alia, quæ eſui potuique non inſerviunt, extendi poſſe negat *P. VII. Obſ. CL.*

## Aphor. XXVI.

PRIMVS LICITATOR PRAEFERTVR) Sed jus hoc primæ licitationis, vi cujus ſufficiebat, ut, qui

qui hoc jure innitebatur, ad idem pretium, quod posterior emtor obtulisset, se eo effectu offerret, ut alter licitans excluderetur, in Saxonia Electorali per ORDINAT. PROC. RECOGN. *Tit. XXXIX. §. XVI.* omnino sublatum est, cum varia ratione eodem abuterentur licitantes, imo fraudibus efficere studerent, ut jus primæ licitationis consequerentur. In Saxonia vero communi adhuc viget. Ut tamen, qui effectum sibi ex primo licito promittere vult, tum demum licitet, quando ultimum proclama peractum est, nec durante proclamatione primum pretium offerat, rei naturæ convenire putarunt nuper JCti Jenenses.

## Aphor. XXVII.

VICINUS REM EXTRANEO VENDITAM) Vocant etiam hoc jus, das gespielde Recht, add. WOLFRAM *Diss. de jur. congrui.* Si vero quid video, constitutio Friderici soli vicinitati jus Protimiseos non tribuit, sed præterea communionem aliquam, seu, ut uterque fundus, & qui retrahitur, & cujus intuitu retractus exercetur, unius prædii partes vel sint, vel olim fuerint, requirit.

## Aphor. XXIX.

MUNICIPIBUS ET INCOLIS) Occurrit hujus juris vestigium in *L. unic. C. non licere habitator. metrocom. loca sua ad extran. conf.* Hodie vero hunc retractum consuetudine inniti, res certissima, nec tamen dubium est, quin jus tale civibus concessum ille recte exerceat, qui jus civitatis rite obtinuit, etsi alibi domicilium habeat vid. LEYSER. *Spec. CXCVI. med. IV. sqq.*

## Aphor. XXX.

Retractvs gentilitivs sev consangvinitatis) Quod jus, non dubito, quin ex antiquo Germanorum instituto derivandum sit, quo, bona hereditaria sine heredum consensu vendere, fas non erat Jvs Prov. Saxon. *Lib. I. art. XXXIV. &. LII.* casu necessitatis excepto, quamvis & hoc in casu jus retrahendi locum sibi vindicabat. vid. Böhmer. *Diss. de fundament. duplic. retract.* Postea necessitas, hunc adhibendi consensum, cessavit, hoc tamen reliquum mansit, ut retrahere possent consanguinei, non rogati de consensu dando, ipsum prædium hereditarium venditum, maxime, cum Fridericus II. hoc jus retra-*ctus V. Feud. XIII.* confirmaret.

Modo propria bona habeant) Quod tamen, existimarem, nostro jure non requiri præcise. Certe Constit. Elect. *XXXII. P. II.* consanguineis permittit, ut, postquam resciverunt, venire bona hereditaria, deliberare possint, eo etjam fine, an expediat, pecuniam retrahendi causa mutuo sumere. Quod fieri neutiquam posset, si præcise de suo retrahere deberent. Et Stryckivs *de Success. ab intestat. Diss. VI. cap. II. §. XIV. sqq.* præjudicio hanc ipsam veritatem confirmat, quod propria bona retrahens habere non debeat. add. VVernher. *P. X. Obs. CCLVIII.*

## Aphor. XXXI.

Venditori proximiores) In Saxonia retractus gentilitius ad solos alienatoris liberos restri-

strictus est, eoque fratres reliquique collaterales omnes excluduntur *P. II. Constit. XXXI.* Ubi vero hoc jus consanguineis generatim indultum est, ita quidem proximitas spectatur, ut & nasciturorum ratio haberi soleat REINKING *de retract. consanguin. qu. II. n. 46.* Sed tamen, ut jam concepti sint, omnino requiritur BERGER. *Oec. Jur. p. 662.* WERNHER. *P. VI. Observ. CCCCXVIII.* Cumque hic unice proximitas gradus consideranda sit, per se patet, non cessare solum jus retrahendi, si remotior prædium in proximiorem translatum vindicet, sed & hoc extra dubium esse credo, eum, qui ex capite consanguinitatis retrahit, gradum consanguinitatis minimum & jus hereditarium demonstrare debere, eo effectu, ut præsumtio oriatur pro proximitate, eaque duret, quamdiu alius, se proximiorem esse, non monstravit. LEYSER. *Spec. CXCIII. mod. IV.*

## Aphor. XXXIII.

LICET ENIM HAUT EXIERIT DE FAMILIA) Hanc Auctoris sententiam tamen de jure solum communi procedere puto, quod fundamentum retractus unice in proximitate sanguinis collocat. Verum aliter de jure Saxonico videtur statuendum. Nam si rite respiciamus CONST. ELECT. *XXXI. P. II.* ratio juris retractus unice ponitur in eo, ut talia bona in familia conserventur. Inde vero non inepte inferri potest, jus retractus, ad liberos in Saxonia restrictum, cessare, si uni ex familia bonum avitum sit venditum, cum sic extra familiam non fiat alienatio. Et ita ju-

dicasse olim JCtos Vitembergenses testatur WERNHER. *P. V. Obs. CLIII.*

## Aphor. XXXIV.

AD ALIENATOREM PERVENERE) Sic patet, subintelligenda esse bona, quae intuitu alienantis, non intuitu redimentis, avita sunt. Idque CONSTIT. ELECT. *XXXI. P. II.* convenire videtur, & in Praxi ita servatur. WERNHER. *Supplem Observ. Vol. VII. p. 163.* Olim tamen JCtis Saxonicis aliam opinionem placuisse, eosque per bona avita ea etiam intellexisse, quae a liberorum redimentium avo provenerunt, testatur IDEM *P. I. Obs. CLI.*

MODO PATERNA FUERINT) Hoc itaque, cum a peculiari consuetudine derivandum sit, ut jus retractus etiam in bonis paternis locum habeat, nescio, qui SCHILTERO in mentem venire potuerit, ut *Exerc. XXX. §. CXXXVIII.* ex jure hoc consuetudinario argumentum deduceret, pro confirmanda opinione, quod jus retractus regulariter in omnibus bonis, tam avitis, quam paternis, & ab alienante noviter acquisitis, competeret. Merito igitur eligenda est opinio LYNCKERI, qui *Resol. CCXVIII.* negat, jus retractus in bonis paternis & noviter acquisitis locum habere, nisi id consuetudine sit introductum.

## Aphor. XXXV.

QUAE FIT PRETIO ET AESTIMATIONE) Placet, ut omnem doctrinam de negotiis, quae retractum admittunt, vel non, regula includamus, quam

quam suppeditat LEYSERVS *Spec. CXCV. med. I.* hoc modo: Omnes istæ alienationes, in quibus singularis personæ acquirentis ratio non habetur, & alienantis peculiariter non interest, alium contrahentem intervenire, quarumque conditionem contrahens æque commode implere potest, retractum admittunt, reliquæ omnes non admittunt. Sic enim ratio incognita manere nequit, quare ibi solum retrahens jure suo uti possit, ubi res pretio, vel æstimatione interveniente, alienatur. Sed tamen in hoc etiam argumento consuetudo multum efficaciæ sibi vindicat. Id vero plane concipere nequeo, qui fieri possit, ut BERLICH. *P. II. Concl. XXXIX. n. 70. & 80.* in locatione conductione retractui locum concedat. In locatione enim cessat alienatio, & per consequentiam cessare debet retractus, cum retrahere idem sit, ac rem alienatam sibi vindicare. Unde verior est sententia negans CARPZOVII *P. II. Const. XXXI. def. VIII.*

SENTENTIAM DISTINGVENTIVM) Verum prius distinguenda subhastatio voluntaria a subhastatione necessaria. Auctoris enim decisio de posteriori subhastatione est intelligenda. Quæ vero ex voluntate partium fit, vel ideo indistincte retractum excludit, quia, qui alienationem approbat, juri retractus renunciat PHILIPPI *de Subhastation. cap. IV. comm. XII. n. 89.*

## Aphor. XXXVI.

NON ADMITTIMVS) Quod regulæ supra allegatæ omnino convenit. Retrahens enim im-

plere nequit conditiones transactionis, siquidem transactio præsupponat jus incertum, ejusque indolis sit, ut ab altera parte quid remittatur, ab altera quid præstetur, neutrum vero in retrahentem cadit. Posses tamen etiam dicere, jus retractus in iis solum rebus locum habere posse, quæ ad alienantem pertinuerunt, in transactione vero de eo non constat, & sic retrahens de præjudicio, sibi illato, conqueri nequit. Verum, ut facile patet, subintelligi ubique casum, quando de ipsa re, quam retractui obnoxiam credimus, transactio initur, ita, si aliud transactionis objectum adest, atque res ejusmodi per consequentiam solum in solutum datur, ego, retractum cessare, vix credo, defendi posse.

## Aphor. XXXVII.

Initio) In genere nota, in retractu emtionem priorem nullam declarari, eidemque aliam surrogari, mutatis solum personis, ita, ut retrahens in locum prioris emtoris succedat. Et sic cuncta eadem sunt, quæ erant antea, dum prior contractus celebraretur. Quapropter etiamsi æstimatio rei interim creverit, plus tamen non solvit retrahens, quam prior emtor solverat. Quodsi vero prior emtor non rem eandem, sed meliorem reddat, de meliorationibus retrahens omnino respondere debet.

## Aphor. XXXVIII.

Intra annum et diem) Si denunciatio non est facta. Si denunciatio facta illi, qui retra-

trahere potest, jus ipsum retractus expirat, si alienationem, sese ad idem offerendo, intra triginta dies non impediverit *V. Feud. XIII.*

PERFECTE NEGOTIUM SCIENTIBUS) Non igitur qualiscunque scientia sufficit, sed perfecta requiritur, id est, ille demum perfecte scit, qui praeterea, quod alienationem sciat, genus etiam alienationis non ignorat, pretii quantitatem & alia contractus capitula STRYCK. *de success. ab intestat. Diss. VI. cap. IV.* §. *LIII.* HORN. *Jurispr. Feud. cap. XX.* §. *IX.* modo tamen supina negligentia non concurrat, & ignorantia vincibilis, quam certe difficulter declinabit, qui, palam celebrari emtionem venditionem, non ignorabat, & tamen per longam annorum seriem silebat. LEYSER. *Spec. CXCV. med. IV.*

## Aphor. XXXIX.

SE EMERE NOLLE) Vel maxime ambigua quidem est haec locutio, cum, qui declarat, se jam emere nolle, non statim declarat, se intra tempora legitima retrahere nolle. Sed ea ambiguorum tamen est ratio, ut, quoties penes eum, qui loquebatur, stetit, ut se clarius exprimeret, interpretatio contra eum fiat; quod hoc in argumento multo magis statuendum, quo certius est, eum, qui perspicue interrogatus, dubie respondet, ubi tamen clare loqui debebat, in culpa esse, ea vero ratione damnum, quod sua culpa contraxit, non sentire.

## Aphor. XL.

RE ADHUC INTEGRA) Distingue sequentes casus. Aut emtio venditio adhuc imperfecta est, aut

aut perfecta, nondum tamen per traditionem consummata, aut denique consummata. Ibi, quia meri tractatus adsunt, unus contrahentium invito altero impune recedit, vid. tamen SCHILTER. *Exerc. XXX. §. CXXXIV.* In secundo casu utriusque dissensus requiritur, nec contractus, si alter promissa non implet, rescinditur *L. XIV. C. de rescind. vendit.* Si vero consensu utriusque rescissio fiat, idem est, ac si emtio venditio non esset celebrata, omniaque ex utraque parte in pristinum statum revocantur eo effectu, ut & omnia jura tertii, quæ per venditionem forsan expirassent, reviviscant, v. c. jus pignoris. In tertio denique casu non simpliciter prohibetur, ne partes a contractu recedant. Dum vero recedunt, non prior emtio venditio rescinditur, sed novus potius contractus celebratur. Quam multum vero intersit, si hac vel illa ratione rescindatur venditio, id indicat BÖHMER. *Jur. Digest. ad tit. de rescindend. vend. §. XI.*

OB LAESIONEM) Et quidem eam, quæ contingit I) in pretio communi, quod ex hominum communi determinatione dependet, & ad punctum haberi nequit; In legali enim pretio contingens læsio, minima quoque, reparanda est, II) Absque dolo contrahentium interveniente, cum hic magis de dolo agatur *L. V. C. de rescind. vendit.* III) Ignorantibus iis, qui contrahunt, siquidem volens & sciens, se lædi, queri nequit. IV) In negotiis, quæ de re certæ æstimationis ineuntur, quapropter cessat in transactionibus, emtione spei, emtione universitatis juris, sponsionibus, verbo, in omnibus negotiis, quæ aleam continent.

VL-

VLTRA DIMIDIVM) Tolerant itaque leges aliquam læsionem, quia in pretio, quod ab arbitrio hominum dependet, & ob circumstantias loci, temporis, periculi, raritatis, &c. quam maxime variat, circumventio omnis evitari, & qualiscunque læsionis reparatio vel ideo admitti nequit, quia alias vis fieret legi universali, quæ pacta & fidem datam servare jubet. Sed non tolerant læsionem ultra dimidium, eamque reparari volunt, quo & alteri legi, quæ ex alterius damno lucrum capere vetat, aliqualiter satisfiat. Crediderunt itaque Legislatores, Reipublicæ expedire, ut ob collisionem duorum præceptorum Juris Naturalis, læsio, quæ rescissionem contractus operaretur, & quæ validitati negotii haut obesset, determinaretur potius publica lege, quam arbitrio judicis relinqueretur. Sic vero scirent contrahentes, ob quam læsionem parata esset in foro civili actio. Quæ cum ita sint, facile patet, Legislatores humanos suo jure usos esse, vi cujus permittitur, ut propositiones Juris Naturalis universales circumscribere, & si collidant inter se invicem, minori malo electo, majus avertere possint. Quod iniquitatem non continet, sed ad caput æquitatis hypotheticæ referri meretur, quam eligere potest Legislator humanus, quando ex æquitatis absolutæ observantia præjudicium Reipublicæ imminet, ceu late contra THOMASIVM, qui æquitatem *L. II. C. de resc. vendit.* cerebrinam nominavit in *peculiari Dissert.* aliosque demonstravi in *Fundament. Jur. Naturæ & Gent. de observand. æqualit. inter rem & pretium in contract. oneros.*

VEN-

VENDITOR) Sed in genere nota, uſum allegatæ legis in omnibus negotiis permutatoriis & oneroſis, quæ obligationes mutuas & utrinque directas habent, conſpicuum eſſe, quotiescunque alter contrahentium læſionem prævidere non potuit. Quod negat quidem HVBERVS, & extra caſum venditionis reſciſſionem contractus ob læſionem non admittit *Prælect. ad tit. D. de reſcind. vendit.* §. *III.* ſed absque fundamento. Unum enim idemque in omnibus contractibus permutatoriis reſciſſionis eſt fundamentum, ne alter cum alterius gravi damno locupletior fiat.

ALTERNATIVE) Quod tamen præciſe fieri non debet, ſed hoc ſufficit, ut ad contractus reſciſſionem petitum dirigatur, cum jam tacita inſit conditio, ſi læſio non reparetur BÖHMER. *Diſſ. de libell. alternat. cap. III.* §. *II. ſqq.*

RESTITVTA RE VENDITA) Quid vero, ſi res non amplius extet penes emtorem? Emtor nihiloſecius agit ad pretium refundendum, eo effectu, ut venditor vel refundat, vel offerendo id, quod plus æquo accepit, ſe ab obligatione liberet. Nam adeſt adhuc cauſa læſionis, & lucrum penes venditorem extat. Venditor autem actionem amittit, quia emtor, qui rem amiſit, in lucro amplius non hæret. Nec obſtat natura obligationis alternativæ, vi cujus alias, licet una res perierit, altera tamen peti poteſt. *L. II.* §. *III. D. de eo, quod cert. loc.* Hoc enim, ut fieri poſſit, requiritur conventio antecedens, qua ſe quis ad hoc vel illud præſtandum obligavit. Aſt noſtro in caſu

con-

contrahentes sibi invicem non ex conventione, sed ex æquitate, a lege certo modo agnita, obligati sunt, ne lucrum ex alterius damno habeant. Quod lucrum cessat, si res penes emtorem periit. add. *L. XXVI. §. IV. D. de noxalib. action.*

## Tit. XII.
## De Locatione Conductione.
### Aphor. I.

CERTO VSV REI) Ergo in locatione conductione id non agitur, ut dominium transferamus. Idque in regula. Nam & hoc partes agere possunt, ut conductor periculum suscipiat, quæ locatio vocatur irregularis. Exemplum ejus occurrit in contractu Socidæ, quando pecudes locamus cum pacto de recipiendo periculo. Nonnunquam ex ipsa legis dispositione, qui operas locavit, periculum subit in re, cujus causa operas præstat, *L. XXXI. D. Locat.* Cave tamen existimes, in locatione in perpetuum, vel in longius tempus facta, id actum esse inter partes, ut dominium in conductorem transeat. Contra hos enim, qui tum alienationem subesse credunt, pugnant *L. XXXIX. D. Locat. L. II. C. de præscript. XXX. annor. L. I. §. XV. de exercit. action.* add. LVDWIGII *Jus Clientel. German. Sect. III. cap. I. §. VIII.* Id certissimum est, majores nostros sæpissime usum rei suæ perpetuum & in heredes transitorium aliis concessisse, prædiaque censitica hereditaria constituisse, nec tamen dominium transtulisse. Et eatenus etiam admitti potest præsumtio,

quam

quam ex usu rei, in longius tempus concesso, capiunt Doctores, pro asserenda qualitate prædii censitica hæreditaria. Sed, quia, inter hæc & prædia emphyteutica Romanorum post juris Romani receptionem perpetuam servare differentiam, ex re sua non duxerint, Interpretes, factum est inde, ut ex longo rei usu pro uniformi canone concesso prædia emphyteutica præsumerent, quoties-cunque, quid inter partes ab initio actum sit, non constaret, vid. SCHILTER. *Exerc. XLVII.* §. *LXII.* & adde, quæ supra diximus ad *Lib. II. Tit. XII.*

## Aphor. III.

LOCANTVR RES) In locatione conductione res venit, & factum. Rei conceditur usus, finito usu restituendæ. Non itaque valet hic contractus de rebus, quæ usum non præstant, nisi consumantur. Non valet de rebus, quarum usum alteri concedere, lex vetat. Varia prohibitionum exempla prostant in Jure Germanico, Pontificio & Romano, quæ Compendia exhibent. Factum deinde mercenarium & ita comparatum esse debet, ut certa mercede compensari soleat. Nam ob præstantiam operæ, quæ ingenio magis, quam corpore peragitur, facta aliquando certam æstimationem non recipiunt. Et, quamvis Romani, de his ipsis pacisci, nullibi prohibuerint, maluerunt tamen ejusmodi pacta contractibus innominatis annumerare, quam ex locatione conductione dijudicare, add. *L. II. & VII. D. præscript. verb.*

Aph.

## Aphor. IV.

CERTA MERCES) De qua in genere notandum, quod easdem qualitates exigat, quæ in pretio emtionis venditionis adesse debent *L. XXX. Locat. L. XXIII. Comm. divid.* Et sigillatim in locatione operarum pecunia numerata intervenire debeat. Quodsi enim aliud præstetur, vel etiam mercedis summa futuræ magis determinationi reservetur, contractus innominatus adest.

ANNVA QVANTITATE) Id itaque salva locatione conductione in locatione rerum fit, eo temperamento, ut res ista fungibilis ex fundo proveniat, & ejus quantitas ab initio determinetur. Sæpius vero hoc in casu negotium ita perficitur, ut quis culturam agri suscipiat, ea lege, ut fructus communes sint, & pro operis præstitis damnum & lucrum inter colonum & dominum partiatur. Quod negotium in coloniam partiariam degenerat, & ex societate atque locatione conductione mixtum est. Nam eatenus societas est, quatenus lucrum & damnum commune est. Ad locationem accedit, quia ad heredem quoque transit. Nec tamen actio pro socio, nec actio locati locum habet, sed tanquam ex innominato contractu præscriptis verbis agendum est. vid. LAVTERBACHII *Diss. de colono partiario.*

## Aphor. V.

CONSENSV) Cum itaque consensu perficiatur negotium, facile patet, invitum aliquem neque ad locandum adigi, neque facultatem locandi pro-

hiberi posse. Verum hic vel salus publica, vel peculiaris legis dispositio exceptionem parit. Ob publicam salutem interest, ut clerici, qui loco salarii reditus ex agris expectant, ad hos locandos compellantur, ne stiva familiarior sit libris biblicis BÖHMER. JVR. PAROCH. *Sect. V. cap. II. §. XV.* Aliud exemplum est in *L. XI. §. fin. de publican.* Sic etiam recte præcavet magistratus, ne quis inquilinum recipiat, a quo incendii periculum imminet, vel rem in suo habeat, quæ incendii metum auget. Privilegio porro muniti eruditi prohibere possunt, ne vicinus ædes locet opifici, qui opificium cum strepitu vel foetore exercet FINCKELTHAVS *Obs. LXIV.* modo tamen eruditi prius ibi habitarint, vel cum opificibus in conducendis ædibus concurrant FABRI Staats-Cantzley, *P. II. cap. VII. n. 16. sqq.* Est etiam in ORDIN. POLIT. SAXON. *Tit. XXXIII.* peculiaris dispositio, vi cujus rusticorum liberi dominis jurisdictionalibus operas locare tenentur, quod vocatur der Dienst-Zwang, & ex antiquo jure dominorum Germanicorum in servos derivandum est, vid. quæ dixi in *Introd. ad Jus Saxon. P. I. Ex. VI. §. IV. sqq.*

TACITE CONTINVATA CENSETVR) Id est, locatio conductio iisdem conditionibus, quæ priori contractui inerant, renovata est, solo tempore excepto *L. XIII. §. XI. D. L. XVI. C. Locat.* Nam in prædiis rusticis solum in annum reconductio facta videtur, etiamsi prior locatio in plures annos facta esset, modo tamen, qui mercedem

dem solvit, eodem anno emolumentum percipere & re uti possit. Quoties enim res locata non singulis annis utilitatem præstat, æquum est, ut eousque reconductio duret, donec conductor utilitatem perceperit. Atque hanc dispositionem ad prædia urbana etiam extendendam puto. Quamvis enim alias, quia singulis momentis utilitas ex prædio urbano percipitur, reconductio, si de ea inter partes non convenerit, vel mores aliquid peculiare non introduxerint, pro eo tempore facta censeatur, quo conductor post locationem primam habitavit, & locatore patiente mansit. *L. XIII.* §. *XI. D. Locat.* æquitas tamen jubet, ut, quando fructus ex prædio urbano inæqualiter percipiuntur, relocatio duret ad tantum tempus, quantum fructibus percipiendis sufficit. add. FRANZK. *tit. D. Locat. n. 18.* BRUNNEMANN. *ad L. XIII. D. Locat.* WERNHER. *P. I. Obs. XVI. & CLXVIII.*

## Aphor. VIII.

TACITE INEST) Præsertim huc spectat obligatio locatoris de indemnitate præstanda, si vel rem non præstiterit ad usum habilem *L. XIX* §. *I. D. Locat.* vel conductor impensas fecerit, quæ rem conservant. *L. LV.* §. *I. Eod.* vel onera realia ipsi fundo imposita exsolverit. Nam impensas, quas conductor suæ utilitatis causa fecit, non restituit locator, nisi conductor ipsi rem meliorem restituat. *L. XXV. D. de pignor. action.* SCHILTER. *Exerc. XXXI. th. XXX.* Et onera personæ vel fructibus vel negotiationi imposita solus conductor ferre debet.

## Aphor. IX.

FIDELITER EAS PRAESTARE DEBET) Hoc est I) præcise. Nec enim præstando interesse, si factum ipsum adhuc præstari potest, invito locatore liberatur. II) Debita diligentia & cura, ita quidem, ut, qui tanquam artifex, vel tamen negotium summa præcautione expediendum suscipit, de omni culpa teneatur. Imo, si opus faciendum quis locavit, idem ipse, si vitio operis casus eveniat, de casu respondet *L. ult. D. Locat.* add. *L. XXXVI. in fin. L. LIX. Eod.* & quidem per quindecim annos LEYSER. *Spec. CCXII. med. III.*

## Aphor. X.

INVITO CONDUCTORE RECEDIT) Non tamen his in casibus propria auctoritate expellit conductorem, sed publica auctoritate & causæ cognitione opus est. Et potest quidem pacto interveniente locatori privatam expulsionem concedere, sed jure hoc locator tum demum uti, si conductor ipsi possessionem vacuam ultro relinquat. Sin resistit, adhuc causæ cognitione opus, nec vis privata adhibenda est.

REFICIENDUS) Refectio tamen I) necessaria esse debet *L. XXXV. D. Loc.* II) nec fieri conductore inhabitante *L. XXVII. pr. Eod.* Quia vero causa hujus expulsionis temporaria est, jus inhabitandi, cessante causa, reviviscit ZOBSIUS *ad tit. D. Locat. n. 35.*

NON SOLVATUR) Non tamen sufficit, solutionis terminum semel esse elapsum, sed iterata

vice

vice conductor moram in solvendo committere debet. Nam ne præcise quidem ad biennium respiciendum est, de quo *L. LIV. §. I. Locat.* cum sufficiat, terminum solutioni esse præstitutum, & bina vice elapsum.

## Aphor. XI.

CAVSAM HABET) Generatim conductor hoc jure utitur, si vel usus promissus non præstetur, vel intercipiatur in totum. Si enim pro parte solum intercipitur, non migrat, sed remissionem pensionis urget. De metu spectrorum, an justa migrandi causa sit, dubitat THOMASIVS *Diss. de non rescind. locat. conduct. ob met. spectror.* Sed enimvero, missa lite de ipsa spectrorum existentia, satis causæ adesse existimo, quando migrat conductor, cui quietus rei usus ea ratione intercipitur, quamvis nesciat, spectrane an malevoli homines sub specie spectri quietem turbent, cum vel hoc sufficiat, periculum sanitatis vel vitæ subesse ex terrore & metu oriundum, quamcunque demum originem habeat.

MAGNA STERILITAS) Hæc vel ideo justa causa est, pensionis remissionem exigendi, quia locator in prædiis rusticis omnino præstare debet, ut conductor fructus percipere possit. Quamvis enim id non simpliciter fiat, cum multum spei subsit *L. XVIII. C. Locat.* fructus tamen regulariter, si debita cultura agri accedat, speramus, eorumque intuitu conductor mercedem promittebat, quam sine dubio non promisisset, si scivisset antea, se fructus non percepturum. Sic vero res venit in

eum ſtatum, a quo initium habere non potuit, quod omnes obligationes ceſſare facit. vid. Leyser. *Spec. CCXVII. med. VI.* Idque ad prædia etiam urbana applicari poſſe credo, ſi conductor principaliter ad certam utilitatem percipiendam reſpexit, quæ poſtea caſu intervertitur. Nec conqueri poteſt locator, cum & idem ipſe, ſi rem posſediſſet, emolumento carere debuiſſet. Ut tamen remiſſio penſionis locum habeat, I) præſupponendum eſt, agi de locatione in ſingulos annos facta. Si ad plures annos facta, nec partes de remiſſione ſingulis annis facienda convenerint, quod facere poſſunt, conductor ſterilitatem unius anni cum ubertate alterius anni compenſare debet. *L. XV. §. IV. Locat.* ibique Brunnemann. II) Adeſſe non debet culpa conductoris *L. XXV. §. II. Eod.* III) Calamitas extra conſuetudinem & extra ipſam rem conductam ſupervenire debet *L. XV. §. II. & V. Eod.* & IV) contingere ante fructuum ſeparationem. Fructus autem tum procul dubio ſeparati ſunt, quando fundo non amplius cohærent. Hoc enim convenit §. *XXXVI. J. de Rer. Div. L. XXVI. §. I. D. de furt.* Stryck. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. IX. §. XXII.* Denique V) ſterilitas magna eſſe debet. Quæ autem ſit magna, regulis confici nequit, ſed arbitrio & judicio peritorum oeconomorum committendum eſt. Unde conſultum, ut partes ab initio certi quid determinent, ne poſtea litibus implicentur. Cautus etiam ſit conductor, ne prius fructus in horreum deducat, quam in rem præſentem deduxerit peritos æſtimatores.

Aph.

## Aphor. XII.

Uti) An & sublocare? Affirmat *L. VI. C. de Locat. & cond.* Fit tamen periculo primi conductoris. Nec secundus conductor locatori primo ex ullo capite est obligatus, sed cum primo solum conductore agit. Ex æquitate tamen, si primus conductor non sit solvendo, locatori concedendum est, ut cum secundo conductore agat. Caveat itaque, qui rem locat, ne liberum conductori relinquat sublocandi arbitrium.

## Aphor. XIII.

Praestatione operarum promissarum) Quodsi eas non præstat, id vel culpa locatoris, aut conductoris, vel casu evenit. Si, qui operas conduxit, ipse impediat locatorem, ne præstet, v. c. si familiam absque justa causa expellat, tunc nihilosecius mercedem solvere debet integram *L. penult. §. I. D. Locat.* Si per locatorem stetit, quo minus præstaret, v. c. si absque causa aufugiat, non mercedem solum amittit integram, sed & de omni damno & interesse tenetur add. *L. XIX. §. IX. L. XXXVIII. pr. Eod.* Casus interveniens vel contingit in persona ejus, qui operas conduxit, qui v. c. moritur, tum, quia per locatorem non stetit, quo minus præstaret, ipseque tamen locator impeditus fuit, ne aliis operas locaret, integra iterum merces debetur *dd. LL.* vel contingit in persona locatoris, qui v. c. ægrotat, tum nihil debetur *L. XV. §. VI. Eod.* Multum tamen posteriori in casu æquitati dandum est, vid. Wernher.

HER. *P. IX. Obs. CVII.* LEYSER. *Spec. CCXII. med. V.*

MERCEDEM SOLVAT PRO OPERA) Regulariter pro rata temporis, vel si integrum opus per aversionem locatum, finito opere *L. LXXX. §. I. ad L. Falcid.* Sed primario tamen respiciendum est ad id, de quo partes convenerunt. Sæpissime enim & id agitur, ut merces singulis diebus, vel hebdomadibus, nach Tage oder Wochen Lohn, vel etiam post admensurationem nach Ruthen Zahl solvatur.

## Aphor. XIV.

FINITA LOCATIONE RESTITVAT) Non itaque recte restituit ante finitam locationem, sed nihilosecius integram, si justa causa migrandi desit, pensionem præstat *L. XXIV. §. II. L. XV. L. LV. §. fin. Loc.* Ipsam vero rem restituere debet non deterioratam, in specie, & præcise. Nam non de damno solum respondet, & culpam præstat, sed etiam restitutionem per quæstionem dominii remorari nequit, & hanc post restitutionem ventilare debet *L. XXV. C. de Locat.* MEVIVS *P. III. Decis. CCCII.* Utitur tamen, si impensas fecit, jure retentionis. Et eodem modo locator, quousque conductor obligationi ex asse non satis fecit, in rebus illatis & fructibus jus pignoris exercet.

## Aphor. XV.

SVCCESSOR SINGVLARIS) Qualis quidem est, qui rem ex titulo singulari acquirit, sed tamen

men his annumerari nequeunt, qui, res ſuas, quas alii hucusque adminiſtrarunt, jam ipſi recuperant. Hi enim locationem ab adminiſtratore initam impugnare nequeunt.

VT SERVET LOCATIONEM) Quam maxime controverſum eſſe hoc argumentum, neminem fugit. Si tamen res ex Legibus Romanis conficienda eſt, vereor, ne cauſam perdant, qui Auctoris ſententiæ ſuum judicium adſcribunt. Nam *L. IX. C. de Locat.* ad quam provocant, plane alium caſum loquitur, &, ſi res vendita prius, quam conducta, emtorem conductori præfert. Ab hoc vero caſu, ſi diſceſſeris, rationis eſt, ut plus juris venditor in emtorem transferre non poſſit, quam ipſe habet. Rei venditæ autem, cui conductor inſiſtit, poſſeſſionem vacuam transferre nequit. Idque approbant STATVT. HAMBVRG. *P. II. Tit. IX. §. XIII.* add. ZOLLII *Diſſert. ad L. IX. C. de Locat.*

CONDVCTIO FINITA) Quæ deciſio tamen vel ideo dubia videtur, quia iſtud jus pignoris retinendi ſolum facultatem tribuit, donec id, quod in obligatione eſt, præſtiterit tertius poſſeſſor. Et ſic, ſi alias vera eſt ſententia, emtorem non ſtare debere locationi, conductor etiam ante finitum locationis tempus migrare debet, ſi emtor intereſſe præſtat. Tutius itaque eſt, ut conductor cum hypothecæ conſtitutione pactum de non alienando conjungat, quo nulla fiat ipſa alienatio. vid. STRYCK. *Caut. Contr. Sect. II. cap. IX. §. XVI.*

# Tit. XIII.

# De Contractu Emphyteutico.

## Aphor. I.

CONTRACTUS EMPHYTEUTICUS) Cum jam supra ad *Lib. II. Tit. XII.* indoles negotii Emphyteutici sufficienter exposita sit, hoc solum addam, formam peculiarem huic contractui demum a Zenone Imperatore in *L. I. C. de jur. Emphyteut.* datam esse, cum olim dubitarent prudentes, essetne annumerandus emtionibus venditionibus, an locationibus conductionibus. Et de utraque specie emphyteusin aliquid assumere, & de utraque nihilosecius differre, ipsa definitio docet. Adest pretium, sed plus simplici vice solvendum. Transfertur dominium, non tamen plenum & irrevocabile. Utilitas ex re conceditur, nec tamen merces cum fructibus proportionem habet. Sic vero litium evitandarum causa necesse erat, ut peculiarem formam ipse contractus emphyteuticus indueret. Quæ etiam causa fuit, ut postea de aliis etiam rebus conciperetur hic contractus, quæ olim in Emphyteusin non dabantur.

## Aphor. III.

EIN ERBZINS BRIEF) Accedit idem ille probationis solum gratia, & ad formam negotii non pertinet. Sæpissime etiam vocatur ein Lehn-Brief, ipsaque emphyteusis ein Lehn. Quod si fit, indoli tamen Emphyteuseos nil detrahit, cum vox Lehn tam late pateat, ut de quacunque conces-

cessione vel collatione alicujus juris, in qua sibi concedens aliquod jus eminens reservavit, accipienda, & ideo in dijudicandis negotiis, quæ hac voce nominantur, non ad nomen, sed ad id respiciendum sit, quod inter partes actum est LEYSER. *Spec. CII. med. V. sq.*

# Tit. XIV.

# De Societate.

## Aphor. I.

DE RE) Et quidem honesta. Rerum enim inhonestarum nulla est societas *L. LIII. L. LVII. D. pro soc.* Non tamen omni effectu destituitur. Sed uterque contrahentium se non solum obligat ad poenam, verum etiam illi, qui ex hac societate læsus est, in solidum obligatur *L. XLIV. §. I. de adilit. Edict. L. XI. §. II. ad L. Aquil.* LEYSER. *Spec. CLXXXVII. med. I.*

## Aphor. III.

VNIVERSORVM BONORVM) Quæ ejus naturæ est, I) ut statim omnia communicata videantur ipso jure absque traditione vera *L. I. in fin. L. II. pro socio.* Si scilicet tempore contractus adsunt. Ea enim, quæ postea socius acquirit, communicanda nihilosecius & inferenda sunt. Sigillatim excepta sunt nomina & actiones, uni socio competentes. Nam, has prævia cessione communicandas esse, clare disponitur in *L. III. D. Eod.* quam-

quamvis hic non præcise opus sit verbis & instrumentis, sed facta etiam sufficiant & conjecturæ, ex quibus voluntas cedentis & acceptatio socii apparet, siquidem nec hoc juri repugnat, cessionem tacite fieri Lenz. *de nomin. & action. cess. cap. V. n. 7.* II) Quicquid obvenit socio, sive ex titulo oneroso, sive ex titulo lucrativo, commune fit, imo &, si velit socius, turpe lucrum *L. XV. pro soc.* III) omnes expensæ, cujuscunque generis sunt, communi nomine fiunt, imo & debita socius cum socio communicat, modo post societatem initam conflata sint. Nec tamen IV) unus alteri rationes reddit. Sed forsan exempla hujusmodi societatis frequenter non occurrunt. Genuinum tamen exemplum adest iis in provinciis, in quibus plena inter conjuges bonorum communio valet. Hanc enim ex regulis societatis dijudicandam esse, recte monet Leyser. *Spec. CLXXXIV. med. VII. sq.*

Certae alicujus negotiationis) Verum societas negotiatoria, de qua in hoc titulo sermo est, rectius dividitur in universalem & particularem. Illa afficit bona omnia, quæ ex quæstu veniunt, & sic etiam ea solum inde erogantur, quæ ad quæstum spectant *L. VII. D. pro soc.* Hæc vero certam negotiationem respicit. Utraque vero a collatione demum incipit, &, ut uterque socius re ipsa aliquid conferat, sive rem, sive operam, requirit. Quæ enim societas eo effectu initur, ut &, qui nihil confert, lucri particeps fiat, donatio magis, quam societas est. Sic vero soci-

socius, qua socius, antequam partem suam infert, de lucro non participat. *L. II. C. pro socio.* Quamvis enim societas consensu iniri dicatur, id tamen ad eum solum effectum fit, ut actio nascatur ad implendam & perficiendam societatem per collationem. Ut vero ipsa societas adsit, & actio pro socio locum habeat, traditio rerum æque ac in emtione venditione requiritur.

## Aphor. IV.

CONSENSU) Eoque nomine merito distinguenda venit a societate communio bonorum, in quam casu incidimus. Hæc enim per se societatem non introducit *L. XXXII. D. pro soc.* quamvis, si consensus postea ea intentione accesserit, ut res communis maneat, in societatem degeneret. *L. LII. §. VI. Eod.* Cæterum perinde est, sive expresse, sive tacite & ipso facto, per collationem ineatur societas, si a communione omnium bonorum discesseris, quæ præcise expresso consensu ineunda est. *L. III. §. I. L. IV. Eod.*

## Aphor. V.

TENETUR RESTITUERE) Generatim, quicquid socio abest occasione societatis, id reliqui socii ferre debent pro parte. Sic & damnum, quod perpessus est socius societatis causa peregre absens citra culpam suam, reliqui resarcire, eoque nomine de curatione vulneris, de salario medicis & chirurgis soluto, de rebus furto socio subreptis respondere debent.

DIVISIO LUCRI) Generatim ea est natura socie-

societatis, ut uterque conferat, & uterque de lucro & damno participet, Et quamvis pacto id ipsum mutari possit, ut uterque conferat, non tamen admittitur pactum, ut alter lucrum solus habeat, alter damnum solus ferat. *L. XXIX. §. II. pro socio.* Divisio ipsius lucri, si de partibus nil dixerint contrahentes, proportionata esse debet, ut ratio maxime habeatur ejus, quod collatum est, Ut sic, qui plus minusve contulit, plus quoque minusve de emolumento & damno participet. Præterea & eo respiciendum, an societas de sorte simul, ut communis fiat, an de utilitate solum, quæ ex sorte provenit, inita sit. Ibi enim & sors & damnum, quod in sorte contingit, commune fit. Hic damnum sentit in sorte proprietarius, & lucrum tamen commune est. *L. LII. §. II. L. LVIII. pro socio.* Sic utique id, quod actum est inter partes, considerandum venit *L. XXXIV. de Regul. jur.*

## Aphor. VI.

RATIONES REDDANTUR) Quæ tamen adeo exactam probationem non desiderant, sed multa fidei & jurijurando ejus, qui administravit, relinquuntur, quia jus quasi fraternitatis inter socios viget *L. LXIII. pr. pro socio.* nisi impensæ majores sint. LEYSER. *Spec. CLXXXIV. med. IX. sqq.* Cæterum actio pro socio unice eo tendit, ut socii invicem communicent, quod sibi invicem debent ex natura societatis, non vero societatem dissolvit *L. LXV. §. VI. pro soc.* Sed eo nomine communi dividundo agendum est. *L. I. D. Commun.*

*mun. divid.* Gaudent tamen ſocii beneficio competentiæ, qualiscunque ſocietas ſit. Qui enim ad *L. XVI. de re judicata* provocant, ut hoc beneficium ad ſocium univerſalem reſtringant, illos *L. XXII.* §. *I. & L. LXIII. Eod.* docere poterat, priorem legem eſſe corruptam, cum probabile vix ſit, ipſum Ulpianum, ex cujus Libris *L. XVI.* deſumta eſt, & principii Jurisprudentiæ Romanæ, quod ſocietas jus fraternitatis in ſe habeat, & propriæ ſuæ ſententiæ in *D. L. LXIII.* adeo immemorem fuiſſe, ut in contrariam iret iterum ſententiam add. NOODT. *ad tit. D. pro ſocio.*

## Aphor. VII.

ITA CONVENERIT) Admittit tamen ſocietas vectigalium tale pactum, quod heredes obligat ad ſocietatem continuandam, *L. LIX. pr. pro ſoc.* modo ipſi habiles ſint, ad eandam operam præſtandam, quæ in defuncto electa erat. Quamvis vero heres non debeat manere in ſocietate, actio tamen pro ſocio in heredem datur, quia ex contractu eſt *L. LXIII.* §. *VIII. Eod.*

INVITO ALTERO) Nulla enim ſocietas in æternum coitio eſt. *L. LXX. D. pro ſocio.* Ut vero ſocietatis contractus ubique bonam fidem requirit, ita ſigillatim, qui doloſe renunciat, ut lucrum ſperatum ſolus retineat, lucrum tamen communicare debet, nec tamen ſocii, ut & ipſi communicent, obligati ſunt. *L. LXV.* §. *III. Eod.* Qui intempeſtive renunciat, ubi ſociorum intererat, ne ſocietas dirimeretur, de intereſſe reſpondet. *d. L. LXV.* Sic & abſenti ſocio facta renunciatio

tio societatem solum respectu renunciantis, non ratione reliquorum, solvit *L. XVII. §. I. Eod.*

## Aphor. VIII.

De acquæstu per socium, & quatenus inde obligatio oritur, distingue casus. Socius, qui proprio nomine contrahit, reliquos neque obligat, neque actionem iis contra tertium acquirit. *L. XIII. C. si certum petatur.* Socius, qui nomine societatis contrahit, vel ejus utilitatem contrahendo gerit, reliquis acquirit, & eosdem obligat *L. IV. §. I. de Exerc. act. L. LXXXII. pro socio.* Socii, qui conjunctim & communi consensu contrahunt, pro rata acquirunt & obligantur *L. fin. §. I. de edilit. Edict.* & sic etiam beneficium divisionis, quod in priori casu cessat, ipsis competit LAUTERBACH. *Diss. de obligat. socior. quæ orit. ex contract. cum extran. init.* Socius denique, qui delinquit, reliquos non obligat, nisi vel hi ratihabuerint *arg. L. I. §. XIV. de vi & vi armat.* vel, ut id, quod ex maleficio quæsitum est, in societatis rationes conferretur, permiserint *L. LV. D. pro socio.*

# Tit. XV.

# De Mandato.

## Aphor. I.

ALIQUID GERENDUM) Et quidem principaliter. Sunt enim & alia negotia, in quibus aliquid in utilitatem alterius geritur, sed secundario solum, cum alium plane ipsa conventio finem habeat principalem, v. c. in societate, in

in deposito. Quapropter, ut sciamus, qualis conventio subsit, ad initium negotii, & quid principaliter inter partes actum sit, respicere juvat *L. VIII. pr. L. X. §. IV. D. Mand.*

## Aphor. II.

Fidem dans) Et hic quidem adeo singularem & exuberantem fidem requirunt leges, ut, qui perfide agit, infamia notetur. Quod dubio procul inde est, quia plerumque amicis & necessariis ex singulari fiducia aliquid gerendum committitur, res vero sanctissimas, fidem & amicitiam fallere, turpissimum est *L. VI. §. V. D. de his, qui notant. infam.*

## Aphor. III.

Negotia gerenda) Quæ domini præsentiam non præcise desiderant. Quare & hodie in criminalibus ex parte rei difficulter procurator admittitur. Ex eadem ratione olim actus legitimi apud Romanos per procuratorem expediri non poterant *L. CXXIII. de Regul. Jur.*

Expediri non possunt) Generali enim mandato, præter ea, quæ expressa sunt, id solum tacite inesse videtur, sine quo negotium commissum feliciter expediri nequit. Quod omnino rationis est, cum ille, qui vult finem, non possit & media velle. Eaque ipsa, ut mandatarius adhibeat, etiamsi de iis nihil dixerit mandans, omnino necesse est. Nam & tacite præscriptos fines custoditi jubet *L. V. D. L. X. C. Mand.* Exempla vide in *L. XXXIII. §. V. L. XXXIV. L. LXII.*

*L. LXX. D. L. XVII. C. & cap. penult. X. Eod.*

SPECIALI OPUS HABENT MANDATO) Huc in genere pertinent omnes actus, qui ingens præjudicium continent, summamque circumspectionem, ne noceant, prærequirunt. Quod maxime fit in negotiis judicialibus. Quam diversa tamen ratione Interpretes in definiendis ejusmodi negotiis, quæ speciale desiderant mandatum, dissentiant, late exponit GRIBNER. *pecul. Dissert. de mandat. Special.*

## Aphor. IV.

QUOD VOCANT, CUM LIBERA) Ibi igitur, restricta mandatarii potestas est ad ea, quæ ipsi expresse & tacite concessa sunt. Hic, mandatarium omnia ea facere posse, quæ ipse dominus, si præsens esset, facere posse & velle præsumi potest, ex *L. LX. §. IV. D. & c. V. de mandat. in 6to.* facile colligimus. Quod autem alii mandatum cum libera eo extendunt, ut & mandatarius eo instructus actus speciale mandatum desiderantes indistincte peragere possit, id admittere non possum. Nam certe tam insigne sæpius actui cohæret præjudicium, ut difficulter locum sibi vindicet præsumtio, dominum, si præsens fuisset, voluisse actum expedire. Quare in judicialibus minimum, si sigillatim actus præjudiciales sileat mandans in mandato, clausula cum libera non multum habebit ponderis. Conf. SVENDENDÖRFFER. *ad Fibig. cap. II. §. VI.* WERNHER. *P. I. Obs. CCXVI.*

Aph.

## Aphor. V.

AD POENAM OBLIGANTUR) Nec mandatum unquam excusat mandatarium vel poenam ejus mitigat, quatenus mandatum est *L. XI. §. III. de injur. L. V. C. de accusat. L. XXXVII. pr. ad L. Aquil.* Quodsi vero mandatum ab eo proficiscitur, qui jubere potest, & sic jussum magis continet, poena mitigari solet LEYSER. *Spec. CLXIIX. med. X. sq.*

HABET ACTIONEM) Generatim enim, ubi de conventione super re turpi inita sermo est, omnis inter contrahentes actio privata cessat, quamvis uterque & Reipublicæ & læso respondere debeat, etiamsi mandatarius fines mandati excesserit HERTIUS *Diss. de obligatione mandantis & mandatarii contemplatione tertii §. XII. & XVIII.* Quando vero cum mandatario Respublica vel læsus agit, atque de turpitudine ipsa adhuc dubitatur, mandatario id omnino concedendum videtur, ut mandantem eum in finem evocare possit, ut assistat, & turpitudinem depellat BERLICH. *P. I. Decis. LXXV. n. 5.* LEYSER. *Spec. CLXXXIII. med. VI.*

## Aphor. VI.

MUTUO CONSENSU) Vel expresso vel tacito. Nam & hoc sufficit, ex factis de consensu constare *L. VI. §. II. L. XVIII. D. L. VI. C. Mand.* Sic, qui sciens patitur, negotia geri, mandasse videtur. Perinde quoque est, sivequis ab initio, sive ex postfacto consentiat, modo negotium nondum penitus

nitus abſolutum ſit *L. LX. de Regul. Jur.* Sed fingi etiam poſſe conſenſum, ſi ignorantis negotia geruntur, nec tamen mandatum in negotiorum geſtionem degenerare, hoc ideo dubium videtur, quia ſic nulla amplius inter mandatum & negotiorum geſtionem intercederet differentia, quam tamen eo ſollicitius ſervare debemus, quo certius eſt, mandatum plene obligare, negotiorum vero geſtionem eatenus ſolum, quatenus negotia utiliter geſta ſunt *L. X. §. I. de negot. geſt.*

REMVNERATIO) Et manet mandati natura ſalva, ſive ſponte offeratur, ſive promiſſa ſit antea, modo tamen indeterminate promiſſa ſit. In utroque tamen caſu, niſi pacto adjecto mandatum in aliam conventionis ſpeciem transformarunt partes, vid. *L. VI. pr. D. Mand.* honorarium in judicio peti nequit, judicisque auxilium ceſſat *L. LVI. §. pen. L. XVII. C. Eod.* Hodie tamen mandatum judiciale exceptum videtur, cum leges permittant, ut procurator judicialis, ſive promisſum ſit honorarium, ſive non, jus perfectum, illud ipſum exigendi, concedant.

SOLIVS MANDANTIS CONTEMPLATIONE) Sic certe, qui mandat, ut alteri pecuniam credas, non mandans eſt, ſed interceſſor, & ut fidejusſor obligatur. Qui mandat, ut tertii negotia geras, re ipſa non ſibi, ſed illi, in cujus gratiam mandavit, actionem mandati acquirit LAVTERBACH. *Colleg. Theor. Pract. ad tit. Mandati §. IV.* Qui in tui ipſius gratiam mandat, ut hoc illudve facias, non mandat, ſed conſilium ſuppeditat.

Aph.

## Aphor. VII.

Nec ex eo obligatur) Nam, qui consilium dat, tui solum utilitatem respicit, ejusque, cum nihil intersit, ut tu in effectum deducas, quod suasit, res omnis ex tuo arbitrio dependet, modo tamen, qui consulit, a fraude sit alienus *L. XLVII. D. Mand. c. LXII. Regul. jur. in 6to.* peritiam artis non profiteatur, & consultus imprudens & imperitum consilium suppeditet. Lauterbach. *de Consil. P. II. cap. I. §. VI.* vel etiam crebris non utatur instigationibus. Idem juris est in commendatione *L. XII. §. XII. Mandat.* quod non obliget. Sed hoc etiam singulare, quod ne obliget quidem, etiamsi specialis sit, & commendans commendati qualitates quam maxime extollat, virumque bonum esse perhibeat *L. VII. §. X. de dolo malo.* Tum demum respondet commendans de commendatione, si dolus concurrat *L. VIII. de dolo malo* Decis. Elect. Sax. *XLII.* si indemnitatem disertis verbis promisit Stryck. *de pericul. petent. cap. I. n. 51. sq.* Mevius *P. VIII. Decis. CXX.* si denique quis alterum muneri publico admovendum commendat *L. II. D. de fidejuss. & nomin. L. I. & II. C. de pericul. nomin.* Id quod etiam mercatores ad commendationes, ob fidem, novo mercatori faciendam, factas applicant Böhmer. *Jur. Dig. tit. Mand. §. XI.*

## Aphor. VIII.

Diligenter et bona fide) Negligentiam itaque & dolum præstat. Et cum, qui perfi-

de agit, infamiam contrahere, notiſſimi juris eſt, quod & dubio procul ad eum caſum applicandum eſt, quando in negotio commiſſo ſuam magis, quam mandantis utilitatem, reſpicit, multo magis, quando pecuniam ſibi concreditam in proprios uſus convertit, quo in caſu præterea ad uſuras maximas obligatur *L. XXXVIII. de negot. geſt.* Sed quem negligentiæ gradum præſtet, inter Doctores non convenit. Si ex regulis de præſtatione culparum ſupra ſuppeditatis res eſſet conficienda, latam deberet præſtare culpam. Sed exuberantia fidei, quæ in mandati contractu acquiritur, majorem diligentiæ gradum requirit. Non tamen diligentiam exactiſſimam, ſed ſufficit, mandatarium officia boni & providi Patrisfamilias explere. Nam quod dicitur in *L. XIII. C. Mandati.* omnem culpam eſſe præſtandam, id pro ſubſtrata materia & ſecundum naturam contractus explicandum eſt.

QVOD TAMEN SANO SENSV) Quamvis enim *L. X. C. de procur. L. XXVII. D. Eod.* disponat, eum, qui fines excedit, nullum domino præjudicium facere, id ipſum tamen ex æquitate & præſumta voluntate temperandum eſt. Adeſt præſumta voluntas, ut mandatarius ea facere posſit, ſine quibus ſcopum commode obtinere nequit, etiamſi certa media mandans præſcripſerit, *L. ult. §. fin. D. Mandat.* modo æquipollens licitum ſit. Jubet æquitas, ut tertio, qui bona fide cum mandatario, fines excedente, negotium geſſit, ſuccurramus primo, quando mandatarius egit contra voluntatem, ſibi ſoli ſignificatam, HERTIVS *de* *obli-*

*obligat. mandant. & mandat. contempl. tertii §. XI.* siquidem mandatum per secretam instructionem restringi nequit LEYSER. *Spec. CLXXVIII. med. V.* Æquum est, ut & tum tertio mandans obligetur, si, quod a mandatario gestum, fines mandati excedit, in utilitatem tamen mandantis vergit *L. XLIV. Mandat. LXII. sqq. de procurator.*

## Aphor. XII.

TEMPESTIVA MANDATARII RENVNCIATIONE) Permittitur itaque, ut alter altero invito a contractu recedere, & contrariam voluntatem declarare possit, eo effectu, ut, simulac contrariam hanc voluntatem alter plene rescivit, omnis obligatio ejus intuitu, quod postea gestum est, cesset. Prius enim, quam ad notitiam alterius pervenit contraria voluntas, in justa versatur ignorantia, quæ nocere non potest. Sic vero dubium non est, quin & mandans de iis, quæ ante revocationem plenariam gesta, & mandatarius de iis, quæ ante renunciationem plene significatam omissa sunt, respondere *L. XV. D. Mand. cap. XXXIII. de Rescript.* LEYSER. *Spec. CLXXX. med. IV.* præterea, quia bona fides in mandato ubique requiritur, si intempestive contraria voluntas declaratur, alter alteri indemnitatem & interesse præstare debeat. *L. XII. §. penult. D. Mand. L. XXVII. §. II. Eod.*

POST MORTEM EJVS IMPLETVM) Modo mandatum non fuerit in heredes directum, vel negotium ita comparatum sit, ut demum post mor-

tem mandatis adimpleri debeat *L. XII. §. XVII. L. XVIII. §. II. de donat. mort. cauſ.*

Spectasse intelligatur) Tenentur tamen heredes, ut a defuncto inchoata perficiant, ſi idonei ſint *L. XI. pr. D. de fidejuſſ.* Quamvis vero ſic appareat, morte alterutrius ceſſare mandatum, id tamen de continuatione mandati ſolum accipiendum eſt. Ex iis enim, quæ antea ſunt geſta, obligatio ad heredes omnino tranſit.

# Tit. XVI.

## De Contractu Chirographario.

### Aphor. IV.

Vt qvis scripto confessvs sit) Contractus chirographarii forma diverſis temporibus alia atque alia fuit. Olim ex ipſa ſcriptura obligatio naſcebatur. Poſtea non ex ſcriptura per ſe, ſed lapſu temporis munita. Olim ſcriptura ſolennitatis cauſa adhibebatur. Poſtea probationis gratia. Olim non erat contractus ſpecialis, ſed modus generalis, quævis promiſſa confirmandi. Poſtea in mutuo ſolum & dotis promiſſione locum ſibi vindicabat. Utque demum antiqua hujus contractus ratio ignota non maneat, paucis nota, cum ad negotia, verbis ſolemnibus in ſcripturam redactis perficienda, Romanis propria, pertinuiſſe. Erat enim contractus, quo quis ſolenni ſtipulatione, in ſcripturam ſolennem redacta, ſe obligabat ad dandum vel faciendum id, quod jam ex alia cauſa, cujus mentio ſimul

ſimul in ipſa ſcriptura erat injicienda, debebat. Et hæc eſt ſcripturæ illæ proprietas, cujus meminit *L. II. D. de obligat. & action.* Fiebat itaque novationis cauſa & eo fine, ut, quicquid alter deberet, nunc ex ſcriptura ſolenni præciſe praeſtare deberet, nec ulla ipſi competeret exceptio, ipſaque etiam exceptio non numeratæ pecuniæ excluderetur, cui ſolemnis confeſſio ſcripta, quod quis deberet, quodque pecuniam accepiſſet, obſtaret HEINECCIVS *Antiquit. Rom. tit. de liter. obligat.* Verum hæc ſolennitas, & ſcriptura, quæ nominibus fieri dicebatur, jam tempore Juſtiniani ab uſu receſſerat. *pr. I. de liber. obligat.* Permiſerunt autem poſtea Romanorum legislatores, ut in negotiis mutui & dotis, probationis gratia, ſcriptura accedere poſſet, cumque ea per ſe efficaciam non haberet, *L. XXV. §. fin. de probat.* ſed, ut in aliis contractibus in ſcripturam redactis fieri ſolebat, praeſumtionem ſolum operaretur veritatis, *L. XIV. C. de contrab. ſtipulat.* ſalua probatione in contrarium, juſſerunt denique, ut, ſi acceſſiſſet negotiis memoratis, per accidens plene & efficaciter obligaret, ſi quis confeſſus eſſet, ſe pecuniam accepiſſe, & tamen intra biennium de pecunia non numerata non eſſet conqueſtus. *tot. tit. C. de non numer. pec. L. fin. C. de dote caut. non numer.* AVthent. *cum habet C. Eod.* E contrario vero efficaciam huic ſcripturæ, biennio nondum elapſo, eatenus denegarunt, ut ne præſumtionem quidem pecuniæ numeratæ operaretur, ſed creditor nu-

 mera-

merationem factam esse, potius probare deberet *L. III. & X. C. de non numer. pecun.* etiamsi vel maxime debitor in ipso instrumento exceptioni non numeratæ pecuniae renunciasset STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VII. §. X. seqq.* modo non intra biennium debitum agnovisset *L. II. & IV. C. Eod.*

## Aphor. VI.

INTRA BIENNIVM) Paulo aliter se res habet in dote cauta non numerata. Nam ex AVTHENT. *si habet. C. de dot. caut.* constat, matrimonio intra biennium soluto, exceptionem annalem, post biennium, intra decennium tamen, soluto, trimestrem, postea nullius momenti esse.

POST BIENNIVM ADMITTITVR) De quo tamen, si ipsam formam contractus chirographarii supra expositam respicio, vehementer dubito. Et sigillatim ipse Justinianus in *pr. J. de liter. obligat.* ita subducit rationes, ut facile appareat, post biennium exceptionem N. N. P. simpliciter cessare debere. Nec est, quod distinguas hanc exceptionem, qua privilegiatam, ab eadem ipsa, qua non privilegiata. Hæc enim forma contractus est, ut plene & efficaciter obliget elapso biennio, præsertim, cum culpæ reus sit debitor, qui intra biennium non conqueritur, & sic damnum, quod sua culpa contrahit, non sentiat add. ZOESIVM *Differt. de except. non numer. pecun.* Conf. *L. XIV. §. III. C. de non numer. pecun.* NOVELL. *CXXXVI. cap. VI.* Nec fundatam, credo, opinionem Doctorum, qui, exceptio-

ptionem doli post biennium urgeri posse, docent. Quamvis enim perpetua dicatur in *L. V. §. ult. D. de dol. mal. & met. exception.* ratio tamen perpetuitatis, quatenus doli exceptio cum exceptione non numeratæ pecuniæ concurrit, cessat, quia in potestate rei est, utrum conventionem ex chirographo expectare velit WERNHER. *P. IV. Obs. XLVI.* Cæterum, ut cum effectu creditor debitoris exceptiones, contra chirographum excludat, caveat, ne causa debendi in scriptura omittatur. Quia enim literarum obligatio ad mutuum solum & dotem spectat, nisi hujus mentio fiat, debitor, ne exceptione deficientis causæ debendi utatur, vix impeditur STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. II. cap. VII. §. IV.*

## Aphor. VII.

PARATAM HABET EXECUTIONEM) Hic peculiaris effectus est chirographi, quem mores Saxonum, imo & RECESS. IMPER. *de anno 1654. §. CLXXIV.* approbant, ut processui executivo locum faciat, ejusque, qui manum suam agnoscit, exceptiones altioris indaginis, in reconventionem vel in separatum processum rejiciat, modo tamen ipsum chirographum iis requisitis instructum sit, quæ processum executivum producunt. Sic sigillatim hic processus locum non habet, quando causa debendi in chirographo deest. Qua de re suo loco.

Tit.

# Tit. XVII.
## De Contractibus innominatis.
### Aphor. I.

NEGOTIVM ALIQVOD CIVILE) Jam alibi diximus, originetenus contractus innominatos Romanis pacta nuda fuisse, nec per se obligationem produxisse, nisi ex altera parte implementum jam accessisset. Tum enim obligatio non quidem ex consensu, sed ex ipsa datione vel facto oriebatur, respectu ejus, qui implevisset. Penes hunc enim stabat, utrum poenitere & implementum revocare, an contra alterum experiri vellet *L. V. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* quamvis per se pateat, hanc electionem locum solum habere potuisse, ubi quis dederat. Sin fecerat, vel ideo, quia factum infectum fieri non poterat, revocatio cessabat, & simpliciter ad dandum vel faciendum actio parata erat. *L. IX D. præscript. verb.* Sed omnis hæc observatio hodie usum non habet in foro, cum, consensu semel rite & legitime interposito, poenitentia omnis sit exclusa SCHILTER. *Exerc. XXXII. th. XI.* STRYCK. *Cautel. Contr. Sect. III. cap. V. §. IV.*

### Aphor. II.

VEL QVOD INCERTVM) Contractus nominati, ut diximus alibi, illi erant, qui non nomen solum speciale, sed & causam habebant, & actionem sui nominis producebant. Non itaque nomen simplex contractum nominatum efficiebat, sed tum, si actionem peculiarem, cui certa formula

mula jam esset præscripta, produceret. Quæ cum ita sint, ob eundem defectum formulæ Romani non eos solum contractus, qui plane nullum speciale nomen recipiebant, sed & eos, qui nomen habebant speciale, sed actionem sui nominis non producebant, contractibus innominatis annumerarunt.

FACIO VT FACIAS) Hi itaque nomen solum circumscriptitium habent, & dividuntur in simplices & compositos. Fieri enim potest, ut quis det, ut alter det & faciat simul, ut quis faciat & det, ut alter tantum faciat vel det. Cæterum gravis inter Doctores est controversia, utrum, si alter ex parte sua implevit contractum, alter præcise ad dandum vel faciendum conveniri possit, vel huic potius integrum sit, an se per præstationem interesse liberare velit. Plures ita rem conficiunt, ut diversam dandi & faciendi obligationem statuant, & ad faciendum aliquem præcise compelli posse negent. Sed errant, & quæstionem consilii cum quæstione juris confundunt. Certe naturæ pactorum non convenit, ut penes promittentem sit electio, quid præstare velit, sed præstare potius debet, quod in contractum est deductum. Nec enim creditori invito aliud pro alio obtrudi potest. Eligat itaque creditor, & dispiciat, an principalis obligatio possit in effectum deduci, &, si possit, an expediat adhuc, ei inhærere, nec plus utilitatis ex obligatione subsidiaria ad interesse in eum redundet. Conf. THOMASII *Diss. an promissor facti liberetur, præstando id, quod interest.*

Aph.

## Aphor. III.

RES INCORRVPTA REDDATVR) Inde ſatis apparet, hunc contractum ex emtione, mandato & locatione mixtum eſſe, & ab omnibus tamen differre. Nam accipiens neque ſimpliciter tenetur ad pretium, nec alienum plane, ſed ſuum etiam agit negotium, nec ſimpliciter operam locat. Vocatur ipſe contractus der Trödel-Contract, & maxime viget in locis, ubi peculiare hoc vitæ genus profitentur homines, qui vicatim res circumferunt pro certa mercede vendendas. Primario tamen reſpiciendum eſt ad id, quid partes egerint. Contractus æſtimatorii tamen natura ea eſt, ut, qui rem vendendam pro certa mercede ſuſcipit, plenus ejusdem fiat dominus, ejusdemque periculum ſuſtineat. *L. I. §. I. de æſtimat.* BÖHMER. *Diſſ. de translat. domin. in contr. æſtim.*

## Aphor. V.

SEV PERMVTATIO) Simpliciſſimum & antiquiſſimum hoc genus contractus eſt *L. I. de contrah. emt. vend.* & dominii translationem involvit, reque ipſa ab emtione venditione non differt, imo in eandem ipſam degenerat, quando res non ſimpliciter, ſed prævia æſtimatione, permutantur. Diſtinctionem vero, qui permutationis & contractus do ut des, ſibi fingunt, ſubtili admodum ratione permutationi proprium dicunt, ut ſpecies pro ſpecie, contractui do ut des, ut genus pro ſpecie detur, ſed has aliasque eiusdem generis tricas exploſit THOMASIVS *ad Strauch. Diſſ. XVI. th. V.*

Aph.

## Aphor. VI.

CAMBIVM DICI SOLET) Omne negotiumcambiale commerciorum & negotiationis causa primo inventum nostratibus ideo placuit, quia,cambio interveniente,commode pecuniam chartæ inscriptam, eodem modo, ac si nuntio vel aurigis concrederent, imo minori sumtu & periculo, de loco ad locum transferre possunt. Si quis enim alibi degens alibi locorum pecuniam exsolui cupit, in loco, ubi degit, cum tertio contrahit, eumque obligat, ut solutionis peragendæ curam suscipiat, eoque nomine cautionem scriptam, certis requisitis, quæ cambium efficiunt, munitam, sibi exhiberi studet, in qua ille, qui in loco, ubi solutio facienda, eandem peragere debet, nominatus est. Hanc scripturam illi, cui solutio facienda est,mittit. Atque hic scripturam illi præsentat, qui in ea nominatus est, quo nunc solutionem faciat, & cambium reluat. Quatuor itaque hic adsunt personæ I) Trassans, qui solutionem alibi faciendam suscipit, II) Remittens, qui cambium accipit transmittendum, III) Præsentans, qui solutionem expectat, IV) Acceptans, qui solutionem facit. Ipsa solutio fit periculo trassantis, nec acceptans ad solutionem faciendam prius est obligatus, quam acceptavit cambium. Quod si nolit acceptare, quod facere potest, præsentans protestatione jus contra trassantem conservare debet. Reliqua ex ordinationibus cambialibus discenda sunt. Interim cambia paratam habent executionem in ipsam ejus personam, qui ad solutionem se obligavit. Quare non dubitarunt nostrates, quin

quin ob insignem hanc utilitatem a debitoribus suis, ex quacunque causa deberent, cambium reciperent, eo fine, ut cum eo iuxta rigorem cambialem, si debito tempore haut solveret, agere possent.

## Aphor. IX.

CUIUS FIT MENTIO) Permittit itaque Lex allegata, ut in casu nominato efficax inter contrahentes oriatur obligatio. Præsupponitur tamen negotium, quod quis vi officii expedire non debebat, quodque leges pretio compensare non vetant. Qui enim pecuniam aliamve rem accipit, quo officium faciat, vel non faciat, ille delinquit, & in crimen repetundarum incidit. Sic etiam, qui Ecclesiasticum officium, pretio interveniente, emit, crimen Simoniæ committit.

## Aphor. X.

ASSECURATIO) Qui contractus æque ac contractus Bodmeriæ inter mercatores, qui negotiationem maritimam exercent, frequens est. Naturam prioris late exposuit HERTIUS *Diss. de Assecuratione*. Præmium, quod assecuratori pro suscepto mercium transvehendarum periculo constituitur, variat. Super ipso contractu confici solet instrumentum, quod vocatur die Pollice, cujus formulam vide apud STYPMANNUM *de jur. maritim. P.IV. cap. VII. n. 425.* Contractus vero Bodmeriæ is est, quando quis domino navis mutuum dat, ut illud cum foenore convento restituat, si carina navis salva reversa sit. Recipit itaque creditor periculum, si navis pereat, ejusque intuitu sibi de mutuo usuras solitis majores stipulatur. Instrumentum

mentum, quod super contractu conficitur, vocatur der Byll-Brief Conf. BODINI *Differt. de Bodmeria.*

## Aphor. XIV.

ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS) Quæ ideo hoc nomen generale habebat, quia ob deficientem formulam, communem & specialem agendi, semper, ubi de contractu innominato quæstio incidebat, præscribenda & ad factum accommodanda erat. Quod materiam dedit Ciceroni, ut JCtos in foro ambulantes & litigaturis formulam agendi suppeditantes, verborum nominaret acupes, formularumque & actionum præcones. Dici etiam consueverunt istæ actiones in factum HUBER. *ad tit. D. præscr. verb.* §. *III. & IV.* a quibus tamen in se spectatæ differunt. Nam actio in factum triplicem habet significationem. I) Tales dicuntur, quæ certo nomine demonstrari nequeunt, sed in factum ipsum & in id, quod actum est, concipiuntur, & hæ sunt ipsæ actiones præscriptis verbis. II) Ita nominantur actiones utiles, quæ ex verbis legum desumi non poterant, sed ex ejus ratione per interpretationem extensivam eliciebantur. III) Nomen illud commune est omnibus actionibus, quæ, ubi neque lex actionem suppeditaverat, neque ratio legis illationem permittebat, ex sola æquitate dependent, & in subsidium concessæ sunt.

# Tit. XVIII.
# De Quasi-Contractibus.
## Aphor. I.

ALTER ALTERI OBLIGATVR) Vel potius quasi contractus est obligatio, quæ nascitur ex alterius facto, in alterius vere non consentientis utilitatem suscepto. Omne enim fundamentum obligationis ex quasi contractu intuitu ejus, qui non consentit, consistit in utilitatis promotione, ob quam lex fingit, eum consensisse, cum probabile non sit, eum dissensurum, in cujus utilitatem factum alterius vergit. Non tamen prius ille obligatur, quam de utilitate constet. Indeque est, quod prius constare debeat, utrum alteri negotium utile sit, & sic, qui vere consentit, de facto & administratione negotii, atque, si male cesserit factum, de damno respondere debeat.

## Aphor. III.

VTILITER GERENDO) Hoc enim, quod quis utiliter gerat, sufficit. Quare nec error in persona ejus, cujus negotia geruntur, nocet *L. V. pr. §. I. L. IV. sq. de negot. gest. L. XXIX. D. Commun. divid.* Et si quis improbe & sui lucri causa ad alienum negotium accesserit, tamen obligat dominum, quatenus utilitatem habet *L. VI. §. III. de negot. gest.* multo magis obligat eum, si præter intentionem res felicem habeat successum *L. XLVIII. D. de usufr.* Imo generatim sufficit, ut quis utiliter gesserit, licet res effectu destituatur *L. X. §. I. de negot. gest.*

Aph.

## Aphor. IV.

IGNORANTEM) Pro quo & ille habetur, qui ſcit quidem, ſed ob defectum animi vere conſentire nequit. v. c. infans, prodigus, imo & ille, cujus contradictioni leges effectum non tribuunt, vel quia deliberato non agit, vel quia contradictio ſaluti publicæ eſt adverſa STRYCK. *de Cautel. Contr. Sect. III. cap. I. §. II. & Uſ. Modern. Digeſt. tit. de negot. geſtion. §. ult. in fin.*

## Aphor. VI.

DILIGENTER) Non tamen ſemper eandem culpam præſtat negotiorum geſtor. Regulariter levem. Quod inde eſt, quia ſe obtulit negotio. Si alii, qui jam ad negotia gerenda acceſſerat, ſe prætulit, leviſſimam. Si gerat negotium, quod abſens gerere ſolitus non erat, caſum. Si denique ſuſcipiat negotia in re alias peritura, latam.

IN QVIBVSDAM) Regulariter, qui aliqua negotia ſuſcepit, ad reliqua expedienda non obligatur, *L. XV. & XVI. D. de negot.* niſi vel ſint connexa, vel alius adſit, qui omnia gerere velit *L. VI. §. XII. Eod.* Si tamen omnia ſuſcepit, & aliqua utiliter geſſit, in aliis damnum dedit, ignorans lucrum cum damno compenſat, vel potius, ſi damnum ſuperet lucrum, negotiorum geſtor illud reſarcit, ſi lucrum excedat damnum, ignorans negotiorum geſtorem indemnem præſtat *L. XI. in fin. D. Eod.*

## Aphor. VIII.

RESTITVENDA DAMNA) In genere negotiorum gestor repetit, quæ ipsi ob causam negotii gesti absunt *L. X. C. de negot. gest.* vel absutura creduntur *L. XXVIII. D. Eod.* Sic ea, quæ erogavit, sortis loco habentur, ut & usuras restituere debeat ille, cujus negotia gesta sunt *L. XVIII. C. Eod.* Sic, si fidem interposuit, recte agit, ut liberetur.

## Aphor. IX.

QVAE EST QVASI CONTRACTVS) Non itaque confundenda ipsa tutela cum administratione tutelæ. Illa est munus publicum, & personam solum respicit. Hæc est quasi contractus, & actionem tutelæ directam & contrariam parit, ipsamque obligationem de tutelæ administratione respondendi in heredes devolvit.

## Aphor. X.

COMMVNIVM ADMINISTRATIO) Præsupponitur hic, plures unam rem pro indiviso communem, id est, in condominio habere, & alterum rem illam communem communi nomine administrare *L. VI. §. II. Commun. divid.*

## Aphor. XI.

RESTITVENDIS) Est itaque hæc actio mixta, natura sua realis & ex condominio profluens, admixtas tamen habens præstationes personales. Et id quidem, quod ad divisionem agamus, ex jure reali & condominio est. Eidemque facultati, ad divisionem provocandi, neque pactum contrarium, neque

neque prohibitio privati hominis, sigillatim testatoris, obest *L. XIV. §. II. D. Commun. divid. L. LIX. D. pro socio.* Reliquæ præstastationes ex jure personali sunt, & ex natura societatis, vi cujus omne lucrum communicandum est, eo quidem effectu, ut, etiamsi quis suo nomine in re communi quid fecerit, lucrum nihilosecius commune fiat, *L. VI. §. II. Commun. divid.* Sic etiam damnum regulariter communicatur. Solus tamen id ipsum fert, qui in propriam utilitatem aliquid in re communi suscipit *d. L. VI.* item ille, qui invito socio aliquid facit, cum in re communi semper melior sit ratio prohibentis. *L. XII. & XXVIII. D. Eod.* Quod posterius tamen fallit I) si administrans quid facit, quod regulariter fieri solet, 2) si rem ad eum usum adhibet, ad quem ab initio erat destinata, *L. LXVIII. D. pro socio,* 3) si prohibentis nihil intersit, LEYSER. *Spec. CXVIII. med. IV. sqq.* 4) si rem communem meliorem facit. *L. XIII. §. I. de servitut. præd. urbanor.*

## Aphor. XVI.

INDEBITI SOLUTIO) Quæ fictum mutuum continet, eumque, qui ab eo, qui ex errore facti indebite solvit, ex errore indebite accipit, quamvis in mutuum non consentiat, nihilosecius tanquam ex mutuo obligat, modo tamen, quod solvitur, non habeat obligationem naturalem. *L. XVI. pr. L. LXIV. D. de condict.* Qui enim naturaliter & in conscientia obligatus est, quamvis jure civili actio ideo non detur, non tamen repetit, si solvit. HER-

TIVS *Diss. de condict. indebit. civ. debit. natur.* nisi lex civilis obligationem quoque naturalem reprobaverit v. c. si mulier fidejubens solvit *L. XVI. in fin. ad SCtum Vellej. L. XL. sq. D. de condict. indeb.* Alias, si nullo modo obligatus est, recte repetit, nisi denuo nova debendi causa per accidens supervenerit. v. c. si, qui nil debet, ex transactione tamen, vel re judicata solutionem peragit *L. LVI. de re judic. L. LXV. §. I. de condict. indeb. L. I. C. Eod.*

## Aphor. XVII.

PER ERROREM) Qui ex parte tam solventis, quam accipientis adesse debet. Ut enim, qui sciens indebitum solvit, donat; ita, qui sciens indebitum accipit, furtum committit, & condictione furtiva tenetur *L. XVIII. de condict. furtiv.* Error facti esse, id est, qui solvit, putare debet, se jure perfecto esse obligatum & ex regulis justi. Qui enim putat, se ex lege gratitudinis & ex officio humanitatis debere, & solvit, ille denuo donat *L. LII. L. LXV. §. II. de condict. indeb.*

## Aphor. XVIII.

ERRORE COGNITO) Qui de indebito agit, probare debet 1) solutionem, 2) se indebite solvisse, 3) per errorem, quæ omnia facti sunt. Cessat tamen probatio indebiti, si accipiens solutionem neget, eaque probetur *L. XXV. pr. D. de probat.* Si causa debendi in instrumenta super solutione dato non extet si præsumtio pro actore militet *d. L. XXV. §. I. de probat.* Cessat etiam indebito probato erroris ulterior probatio, cum ex solutione

ne indebiti præsumtio oriatur pro solvente, ut ad juramentum suppletorium possit admitti.

## Aphor. XIX.

EA OBLIGATUR AD RESTITUENDUM) Diximus supra in contractibus innominatis, re quasi obligationem contrahi, eumque, qui dedisset, electionem habuisse, utrum ad implementum agere, an, implemento non secuto, id, quod dedisset, revocare vellet. Ob ultimum finem comparata est condictio causa data, causa non secuta, qua id, quod propter causam futuram datum erat, condicebatur, si causa, ob quam datum, non fuisset secuta. Nos itaque hac condictione supersedere possumus, cum poenitentiæ in contractibus innominatis non detur locus. Quare in hoc uno forsan casu hæc condictio locum habebit, si quis non tam propter finem, quam ad finem consequendum aliquid dedit, vel etiam, si id, propter quod datum, interesse pecuniarium non admittit BEYER. *Posit. ad Dig. tit. de condict. caus. dat. pos. XIII. sqq.* Cæterum ex ipsa æquitate hanc condictionem esse, facile patet *L. XVI. §. I. de minor. L. XXV. D. rer. amot.* cum æque ac aliæ sequentes condictiones deducatur ex regula, quod nemo cum alterius damno fieri debeat locupletior *L. XXXII. de reb. credit.*

## Aphor. XX.

ALTERI DEDIT) Non itaque locum habet, si quis fecit, quia factum infectum fieri nequit, reique natura non patiatur, ut prior status restituatur.

tur. Sive vero quis jam dederit, sive dare promiserit & cautionem interposuerit, sive dederit naturaliter, transferendo dominium, sive civiliter, alterum quacunque ratione locupletiorem faciendo, perinde est.

## Aphor. XXII.

CONDICTIO SINE CAVSA) Est hæc condictio generalis, & omnes reliquas sub se complectitur *L. I. §. II. L. IV. de condict. sine causa.* Sine causa enim penes aliquem est, I) quod ob causam accepit, quæ tamen non est secuta II) quod ex errore accepit ab eo, qui non obligatus erat, III) quod ex turpi vel injusta causa tenet. In sensu speciali autem de eo solum casu intelligitur, IV) quando quis rem habet ex alia causa, quam ex prioribus, atque in subsidium competit, si causa vel ab initio non adfuit vel adfuit quidem, sed finita & extincta est. Sic v. gr. qui a minore solo mutuam accipit pecuniam, sine causa accipit, quia ex mutuo in minorem non cadit obligatio; Item, qui soluto debito chirographum detinet, absque causa detinet. Alia exempla vid. in *L. II. L. fin. de condict. sine caus. L. XI. §. VI. de action. emt. vendit.*

## Aphor. XXIV.

HVC REFERRI POTEST) Nec tamen commode huc refertur. Nam actio finium regundorum præsupponit dominos agrorum confines, ex quibus alter negligentia sua fecit, ut fines confunderentur. Hac vero ratione patet, non ex

ex quasi contractu, sed ex quasi delicto hanc actionem esse STRYCK. *us. Modern. Digestor. tit. Finitum reg.* §. *II.* Locum itaque habet, quando fines prædiorum privatorum confinium confusi sunt, ad fines pristinos restituendos, vel, si restitui nequeant, discernendos. Quapropter, qui de finibus regundis agit, de eo solicitus esse debet, ut probet fines, quo restitui possint, vel demonstret minimum, fines confusos esse, quo judex de novo eos discernere possit. Imo, ne iterum facile confundantur, judex ipse curet, ne desint signa finalia, per quæ confusioni obviam eatur. Quod, quomodo caute peragatur, late docet OETTINGER. *de jur. limit.*

## Aphor. XXVI.

EX FACTO RECEPTIONIS) Hanc obligationem, ut factum receptionis oneraret cauponem, vel nautam, ad rem restituendam, ipsa necessitas & utilitas introduxit, cum iter facientium intersit, ut res eorum salvæ sint, si fidem hominum, qui eiusmodi receptionem publice profitentur, sequi necesse habent. Indeque patet, neque illi hanc actionem prodesse, qui non peregrinatur, neque illi, qui aliis res suos concredit, qui extra professionem, quam habent, eas recipiunt, quamvis paritas rationis suadeat, ut extendatur obligatio ad magistros postarum & aurigas ordinarios STRYCK. *de action. forens. investig. Sect. I. membr. IX.* §. *XXXV.* Cæterum sive ipse caupo, nauta vel stabularius recipiat, sive per eum, cui id officii demandavit, perinde est. Liberat se tamen ab obli-

ligatione, si ante receptionem prædixerit, se obligari nolle. STRUV. *Exerc. VIII. th. CXVII.*

## Aphor. XXVII.

CUIUSLIBET CULPA CONTINGENS) Recte hactenus. Nam omnem culpam caupo præstat, *L. III. §. I. D. Naut. caup. stabul.* imo & casum, qui in ipsa caupona existit. Merum vero casum extrinsecus supervenientem ferre non debet. Interim refert, ut distinguamus, utrum ipse caupo damnum dederit, an ejus familia & inquilini, an denique hospes hospiti. Nam hoc demum in casu actio de recepto ex quasi contractu instituitur. In primo casu ex vero delicto, in secundo ex quasi delicto caupo tenetur.

# Tit. XIX.

# De actionibus ratione gestorum ab aliis contra nos competentibus.

## Aphor. I.

GESTUM AB ALIIS AD NOS ATTINET) Jure civili antiquo nulla erat obligatio, nisi inter contrahentes. Et sic nemo ex alterius contractu obligabatur. §. *X. J. de action.* nec inde conveniri poterat *L. XI. de oblig. & action.* Hoc tamen, uti in iis, qui in aliena potestate erant, falleret, cum pater & dominus ex contractu filii vel servi ad solvendum illud, quod in contractum esset deductum, peculiotenus tenerentur, ita sigillatim Prætori iniquum videbatur, ut iis in casibus, quando duæ personæ moraliter pro una haberentur, vel alter contrahendo alterius utilitatem promoveret,

veret, deficeret actio, voluitque magis, ut, qui vel expresse, vel mandando vel jubendo, vel tacite ob versionem in rem ad contractum, concurreret, ex hoc ipso contractu obligaretur. Eumque in finem actiones, quas vocant adjectitiæ qualitatis, quæ jam ex contractu filii vel servi contra Patrem vel dominum competerent, ad reliqua per tertium gesta negotia applicavit. Sunt vero actiones adiectitiæ qualitatis generatim non novæ actiones, sed actionibus ex contractu alias oriundis adjiciebantur, ita quidem, ut actioni principali nomen adderetur, indicans, reum non ex proprio, sed ex alieno facto conveniri. v. c. si filius jussu patris emtionem celebrasset, actio emti venditi quod jussu contra patrem locum habebat.

## Aphor. II.

Ex mandato patris vel domini) Actio itaque quod jussu, si ab hac differentia discesseris, quod in liberam personam non jussus, sed mandatum cadat, ab actione, qua, qui cum mandatario contraxit, contra mandantem utitur, non differt, nam & filius vel servus jussum patris vel domini accurate sequi, nec fines excedere debet *L. III. D. quod jussu.* Imo hodie usus hujus actionis vel ideo cessabit, quia casus, qui olim supponebatur, filium vel seruum ex jussu patris vel domini negotium proprio nomine in peculio profectitio gessisse, ob raritatem ejus generis peculii vix existet. Hac vero ratione, si filius jussu patris proprium hujus negotium expediat, directa contra ipsum patrem actio sibi locum vindicat.

Aph.

## Aphor. III.

In negotium ejus impensum est) Fundamentum hujus actionis in ipsa æquitate naturali nititur, ne quis cum alterius damno fiat locupletior. Nec dubium est, quin & hodie usum omnino præstet, modo denuo Romanis, quæ in hac actione eorum institutis propria erant, relinquas. Nam hi casum cogitabant, filium vel servum negotium domini vel patris in peculio gessisse *L. X. in fin. de in rem verso.* Hodie vero, quacunque ratione filius vel servus patris vel domini utilitatem negotium aliquod gerendo promoveat, pater vel dominus illi obligabitur, cum quo filius contraxit. Sic autem re ipsa hæc actio ab actione negotiorum gestorum non erit diversa.

## Aphor. V.

Aliqvem praeposverimvs) Fundamentum tum exercitoriæ, tum institoriæ actionis est mandatum, nec ideo dubium, quin directo cum illo, qui alium negotiationi præfecit, ex hujus negotio ex præscripto mandati gesto agi possit §. *ult. J. quod cum eo, qui in alien.* Nec differunt exercitoria & institoria actio, nisi nomine & in mere accidentalibus. Illa enim nomen habet a præponente, hæc ab eo, qui negotiationi præpositus est. Illa de maritima, hæc de terrestri negotiatione concepta est. In hoc uno exercitoria actio majorem institoria habet favorem, quod & substitutio a magistro navis facta exerci-

torem

torem obliget *L. I.* §. *V. de exerc. action.* Institoris vero facta per substitutum gesta agnoscere non debet dominus SCHILTER. *Ex.XXVII.* §. *XLII. sqq.*

SECUNDUM MODUM PRAEPOSITIONIS) Idque natura mandati exigit, nec ideo modum egressus institor vel magister dominum obligat *L. I.* §. *XII. de exerc. action. L. V.* §. *XI. L. fin. C. de institor. act.* Sed cum id officii generatim commissum sit magistro & institori, ut negotiationi consulat, atque necesse habeant & contrahentes peregrinantes, ut fidem magistri & institoris sequantur, dominus omnino de damno respondere debet, si officium negligenter gessit, vel circa illud deliquit. *L. V.* §. *VIII. de instit. act.* vid. BÖHMERI *Diss. de discrimin. tempestat. marin. cap. I.* Reliqua delicta præpositi dominum non gravant, cum necesse sit, ut pœna teneat suos auctores. Hoc etiam in negotiatione maritima singulare est, quod tacite magistro videantur concessa, sine quibus navigatio perfici nequit, ut sic obligetur etiam dominus ex mutuo navigationis causa contracto, si ea concurrant in ejusmodi mutuo, quæ adesse jubent *L. I.* §. *VIII. & IX. L. VII.* §. *I. L. final. D. de exercit. act.* add. STRUVII *Exerc. XX. th. X.*

## Aphor. IX.

DOMINI NOMINE) Vel potius non tenetur amplius ex negotio, quod tanquam magister vel institor gessit, quodque ejus officium concernit. Quare dubium non est, quin e contrario ex

ex intercessione pro domino, ut & ex delicto, quod officium non respicit, omnino obligetur.

## Aphor. X.

NON OBLIGARI TRADUNT) Injustitiæ enim Jus Romanum hoc in capite arguit GROTIUS *cit. loc.* Sed absque sufficienti ratione. Interest enim rei mercatoriæ, ut lites brevi finiantur, nec in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxit. Præterea, qui pro reliquis solvit, de indemnitate præstanda cum sociis recte agit. Quo nomine civitates Hanseaticæ rectius forsan Jus Commune sequuntur, quam Belgæ id ipsum injustitiæ accusant.

## Aphor. XII.

LEGIS RHODIAE DE JACTU) Legis Rhodiæ argumentum erat de re nautica, idque ob æquitatem adoptarunt Romani, ac sigillatim doctrinam de jactu suam fecerunt, quæ in regula nitebatur, ut omnium contributione resarciretur, quod pro omnibus datum esset, ne alter cum alterius damno fieret locupletior. Omnes leges Rhodias edidit VINNIUS *in Comment. ad Petri Peckii rem nauticam.* Et solent Belgæ, Germani, & maris Balthici emporia tantam facere earum autoritatem, ut in decidendis negotiis maritimis, si deficiat Jus Wisbyense, & Hanseaticum, quod principaliter venerantur, ad illas recurrant. Ipsas vero leges Belgarum & Germanorum nauticas vide in MARQUARDI *Append. ad Jus Mercator.*

PRO

PRO OMNIBUS DATUM EST) Cujus regulæ æquitas tam late patet, ut commode applicetur ad omnes casus, ubi quis in periculo communi damnum passus est, ut aliorum damnum averteretur v. c. si quid solvitur, ne deprædatio fiat communis, ut navis a piratis redimatur, si tempore incendii driuatur domus flammis nondum correpta, ut vicinæ domus conserventur. LAUTERBACH. *Diss. de extensione Leg. Rhod. de jactu.* Ut vero in casu ab Auctore proposito contributio locum habeat, requiritur I) periculum commune adfuisse *L. II. §. I. L. V. pr. L. IV. §. II. de L. Rhod. de jactu* II) & quidem absque cujusquam culpa existens LOCCENIUS *de jur. marit. Lib. II. cap. VIII. n. 14. seqq.* III) dejectionem vel communi consensu, vel ex majoris partis suffragio & IV) quidem animo communem utilitatem promouendi factam, V) æquitatis porro rationem ita, ut res magis, quæ navem onerarent, quam, quæ in navi essent, dejicerentur, habitam, denique V) navem per jactum semel re ipsa servatam, aliorumque utilitatem promotam esse. *L. VII. D. de L. Rhod. de jactu.*

## Aphor. XIII.

VENIRE DEBENT OMNES) Modus contribuendi in regula generali nititur. Quicunque per jactum utilitatem sentit, & quidem in bonis, ex quibus locupletior fit, ille est obligatus ad contribuendum. Quod nostri ita effari solent, Haverey geht über Schiff und Guth. Quare dubium non est, quin ipsa quoque navis, imo & vectura

ctura æstimanda sit, cum ex utriusque conservatione dominus navis locupletior fiat. Nec ejus intuitu interest, sive res vectorum in se spectatæ navim oneraverint nec ne, cum sufficiat, easdem servatas esse. Præterea patet, ne vestimenta quidem, vel cibaria servata indistincte eximi posse, sed & tum de iis contributionem faciendam esse, quando negotiationis causa navi illata sunt. Ipsa æstimatio de jure communi fit, ut amissarum rerum pretium consideretur, quo emtæ; servatarum, quo vendi possunt, respiciamus. Sed aliter æstimant Belgæ & Britanni, dum, dimidio itineris jam confecto, rebus jactu amissis pretium constituunt, quo vendi potuissent, si ad locum destinatum peruenissent LOCCENIUS *d. tr. Lib. II. cap. VIII.* Denique JURE WISBYCENSI *art. XXXVIII.* JURE HANSEAT. *Tit. VIII.* § *.I.* JURE STATUT. HAMBURG. *P. II. Tit. XVI. art. II.* simpliciter statutum, ut omnes res, & servatæ & amissæ eo pretio æstimentur, quo vendi potuissent illic, quo destinatæ terant. GROTIUS *Introd. ad Jus Belgic. Lib. III. cap. XXIX. n. 15.* Quod æquitati omnino convenit, cum illi, quorum res servatæ sunt, lucrum non fecissent, nisi alter per jactum res amisisset, sic vero naturale sit, ut partem lucri communicent cum iis, qui damnum perpessi sunt.

Tit.

# Tit. XX.
# De quibusdam pluribus contractibus communibus.
## Aphor. I.

CONDICTIO TRITICIARIA) De nominis origine multa disputant THOMASIUS & HUBERUS *ad tit. D. de condict. tritic.* Est autem vero omnino simile, eam ab objecto, & quia prætor præprimis caput de tritico in Edicto pertractabat, nomen accepisse. Est vero & hæc &, quæ sequitur, condictio de eo, quod certo loco, actio ad interesse, & ad negotia stricti juris, si ex his vel certo tempore vel certo loco aliquid præstandum esset, nec tamen præstaretur, pertinet. In his enim, cum ultra verba contrahentium judex procedere non posset, de jure Civili actio non dabatur, qua interesse prosequeretur, qui ex violatione contractus damnum incurreret. Quare Prætor ipsi ex æquitate succurrebat. Quæ cum ita sint, facile patet, nos, dum patimur, distinctionem inter bonæ fidei & stricti juris negotia usu destitui, actione triticiaria & de eo, quod certo loco, non indigere, sed ex ipso contractu æstimationem petere posse. Triplex autem æstimatio fieri potest, si debitor statuto tempore non præstet. Vel enim res præstanda (ad pecuniam enim numeratam actio non pertinet, quia tum mora obligationem præstandi usuras inducit) plane periit, & respicimus tempus interitus, vel deterior facta est, & respicimus tempus condemnationis, vel in utroque

casu mora commissa est, & respicimus ad tempus, quod inter moram & litis contestationem medium est. Sin certo loco alicujus rei præstatio, aut pecuniæ solutio, (nam in actione de eo, quo certo loco & hoc negotium venit) facta non fuisset, isque locus in gratiam creditoris sit adjectus, & damni emergentis & lucri cessantis habetur ratio. Si in gratiam debitoris, damnum solum præstare debet. Idque interesse neque usurarum modum servat, neque mercatorum solum privilegium est. Sed id magis continet, quanti revera interest, &, cum rationem naturalem habet, ab omnibus recte exposcitur, siquidem nec *tit. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, profer.* distinguit.

## Aphor. III.

Alibi petitur) Quod stricto jure fieri non poterat in negotiis stricti juris, cum ille, qui alibi peteret, quod alibi promissum esset, plus petitionem loco committeret, & causæ amittendæ periculum subiret. Huic itaque subtilitati obviam ivit Prætor, permisitque, ut in foro domicilii actio institui posset, etiamsi alibi solutio promissa. Non vero creditori solum datur, qui damnum perpessus est, sed & debitori, qui in loco convento paratus est solvere, si ejus intersit, ut ibi præstet. *L. II. §. VIII. de eo. quod cert. loc.* modo debitor non fuerit in mora, tum enim nullam habet conquerendi causam.

## Aphor. IV.

Ædilitium Edictum) Ædiles apud Romanos

manos res ad Politiam spectantes, Policey- und Marckt-Sachen, curabant, earumque nomine æque ac Prætores de causis justitiæ edicebant, absque imperio tamen, cum magistratibus minoribus annumerarentur. Sigillatim de emtionibus venditionibus privatis *L. I. §. III. de Ædil. Edict.* quibus omnes contractus mutuæ præstationis ad transferendum dominium habiles æquiparabantur, *L. XIX. §. V. Eod.* edixerant: Venditorem rei venditæ qualitates emtori aperire debere, nisi illæ vel in oculos incurrerent, vel alias notæ essent, *L. I. §. I. L. XXXVIII. Eod.* absque distinctione, sive res mobiles essent, sive immobiles, sive vitium in re principali, sive in accessoria adesset *L. XXXII. XXXVIII. XLIX. LXIII. Eod.* Dolum vero venditoris reticentis actione redhibitoria vel quanti minoris coercebant, etiamsi negligentia emtoris in detegendo vitio latente concurrat, cum tamen dolus venditoris præponderet. STRYCK. *Us. Mod. Dig. tit. de ædilit. Edict. §. VIII.* Inter utramque vero actionem hoc interest. Illa datur ob vitium, quod omnem usum rei tollit; Hæc ob vitium, quod rem non quidem in totum inhabilem reddit, impedit tamen, ne re ita uti possimus, uti cogitavimus. Illa tendit ad rescindendum contractum, hæc ad diminuendum pretium. Illa per sex menses durat, hæc annalis est.

NEC IN LOCATIONE) Quod inde esse dicunt, quod Ædilium nulla in negotiis locationis conductionis fuisset jurisdictio. Sed spuria est hæc ratio, cum alii jam viderint, in urbe Ædiles

cum Prætoribus in cognoſcendis iſtiusmodi negotiis concurrentem habuiſſe jurisdictionem. Quare magis ideo Ædilitium Edictum in locationibus conductionibus exulat, quia contrahentibus per actionem locati conducti jam ſatis erat proſpectum.

## Aphor. V.

VITIO MORBOVE AFFECTA SIT) Præterea tamen requiritur, ut vitium jam adſit tempore contractus *L. III. de ædilit. Edict.* Si tamen in rebus animatis vitium ſe exerat intra triduum poſt initum contractum, emtor præſumtione tutus eſt, quod jam tempore contractus extiterit. Quare venditor, rem fuiſſe ſanam, probare debet. Sin poſt triduum ſeſe exerat vitium, venditor præſumtionem pro ſe habet, rem ſanam fuiſſe. Ergo emtor probet, vitium adfuiſſe tempore contractus BRUNNEMANN. *ad L. I. D. de ædilit. Edict.* In ovibus tamen, quæ putredine laborant, ex opilionum ſuffragio XIV. vel XV. ſeptimanæ requiruntur, antequam certo de vitio conſtare posſit. Et ſic emtor, ſi intra hoc tempus oves putredine moriantur, præſumtione munitus eſt, morbum tempore contractus adfuiſſe STRUVIUS *Diſſ. de jur. ovium Sect. II. cap. II. §. I.*

## Aphor. XII.

IN PLURIMIS CONTRACTIBUS) Regula eſt: In omnibus contractibus permutatoriis onerosis evictionem præſtandam eſſe ab eo, qui proprio nomine & jure rem tradidit, etiamſi promiſſa non

non ſit. In cauſis vero mere lucrativis ceſſat evictionis præſtatio, niſi vel ſit promiſſa *L. XVII. de obligat. & action.* vel tradens in dolo ſit. *L. II. C. de Evict.* Sic diverſa ratione in donatione & dotis datione evictio præſtanda & non præſtanda eſt. Præſtatur in dote æſtimato data. Præſtatur etiam in donatione remuneratoria. Cæterum nil intereſt, ſive res tota ſive pro parte evincatur *L. I. L. XXXVI. L. LVI. §. II. de Evictiom.* ſi tamen ex univerſitate juris acquiſita ſingulæ res evincantur, ceſſat evictionis præſtatio *L. V. D. L. I. C. de Evict. L. XXXV. §. VI. de contrahend. emt. vendit.*

## Aphor. XIV.

Pretivm restitvat, vna cvm svmtibvs) Idque tum fit, quando ex ipſa natura negotii evictio præſtanda eſt, ſiquidem tum venditor de omni damno tenetur. Quodſi vero evictionis præſtatio per pactum negotiis, quæ per ſe eam non producunt, ſuperaddita ſit, id ſolum præſtandum eſt, quod ob evictionem abeſt, nec plus nec minus. Sic etiam, quod pretium attinet, ibi reſpicimus tempus evictionis, hic tempus promisſionis. Cæterum, quod ſumtus attinet, qui ſimul reſtituendi ſunt, caſus præſupponendus eſt, quod res re ipſa evincatur. Alias enim, ſi actor cauſam perdat, & emtor victor ex lite redeat, ſumtus huic non reſtituuntur, quia venditor calumniam actoris vel ideo præſtare non debet, quod non potuerit impedire, ne emtor proceſſu temerario vexaretur.

## Aphor. XV.

REQUIRITUR) Requiritur, ut clarius rem omnem exprimamus, rem ex causa, quæ contractum antecedit, prævia sufficienti cognitione & ordine juris servato, per sententiam judicis definitivam esse evictam, eumque, a quo rem accepimus, admonitum legaliter de imminente evictione vel noluisse vel non potuisse evictionem avertere. Inde deducimus evictionis præstationem cessare, si res evincatur I) ex capite retractus legalis II) de facto & per casum fortuitum, nisi venditor promiserit, daß er die Sache wider Recht und Unrecht gewähren wolle, vid. *L. XI. pr. de evict.* STRYCK. *Diss. de principe evincente*, III) culpa ipsius possessoris, qui vel fatalia negligit, vel incompetentem judicem agnoscit, vel compromittit, vel transigit, vel de evictione imminente auctorem certiorem non reddit.

AUCTORI SUO DENUNCIET) Fit hæc denunciatio eo fine, ut ille, a quo rem accepimus, veniat & nobis assistat *L. XXI. L. XXIII. C. de evict.* Neutiquam vero finem hunc obtinebit denuncians, nisi primo tempestive denunciet, eoque tempore, ubi occasio adhuc adest, se defendendi, *L. XXIX. §. fin. D. Eod.* quod optime fit ante Litis Contestationem; & deinde denunciatum simul instruat de statu causæ. Quod produxit necessitatem ea communicandi denunciato, quæ hucusque ventilata sunt. Cæterum & denunciatio ab emtore facienda, & defensio a venditore suppeditanda voluntatis est, & ad jura partium

tium pertinet. Quare neque venditor assistit, nisi admonitus, etiamsi sciat, litem emtori motam esse, neque emtor post admonitionem præcise defensionem exigit. Uterque tamen in iis, quæ in favorem sui introducta sunt, negligens, sibi damnum infert. Emtor enim non denuncians regressum contra venditorem amittit *L. VIII. C. Eod.* & venditor non assistens de evictionis præstatione, si culpam non admisit emtor, conventus, simpliciter respondet. Plane si veniat venditor, & obligationem assistendi & evictionem præstandi in dubium vocat, emtor actione ordinaria contra eum in foro competente experiri debet. LEYSER. *Spec. CCXXXVIII. med. VII.*

## Aphor. XVII.

NE QVIS AD EVICTIONEM TENEATVR) Id quod fit vel expresse, vel tacite. Hoc contingit, si quis sciens, ut Auctor monet, rem alienam comparat. Hoc ipso enim eatenus juri suo evictionis præstationem exigendi renunciasse videtur, ut ne pretium quidem citra pactum de ejus restitutione adjectum reposcere possit. *L. XXVII. C. de eviction..* Pertinet huc etiam casus, quando quis rem litigiosam sciens emit. Nam & tunc pacto opus est, ut evictio præstetur. *d. L. XXVII. C. de evict. L. VII. C. Commun. utriusque judic.*

## Aphor. XVIII.

VT SIT NOMEN) De cessione ipsa ejusque indole infra videbimus. Hic solummodo notamus, esse emtionem nominis revera emtionem spei.

In hac ſufficit ſpes proxima, non vero præciſe requiritur, ne ſpes fallat. Hinc etiam ſufficit, nomen adeſſe & obligationem veram eine wahrhafte Schuld, etiamſi cedens efficere nequeat, ut nomen bonum ſit eine tüchtige und exigible Schuld, ipſaque ſolutio actu fiat. Imo, etiamſi quis expreſſe de bonitate nominis præſtanda ſtipulatus ſit, obligatur tamen ſolum de præſenti, non de futuro, hoc eſt, ſufficit, debitorem ſolvendo fuiſſe eo tempore, quo actio nata erat, utut poſtea ſolvendo eſſe deſinat. Interim, ſi debitor ſolvendo non reperiatur, contra cedentem præſumitur, quod debitum inidoneum ceſſerit, BRVNNEMANN. *de ceſſion. action. cap. V. n. 51.* & *Deciſ. LXXI. n. 3.*

## Aphor. XIX.

VSVRAE PRAESTANDAE VENIVNT) Quæ in ſe ſpectatæ, quicquid diſſentit Jus Canonicum, nihil iniquitatis habent. Juſtitia enim uſurarum promiſſarum in eo conſiſtit, quod nemo obligatus ſit, ut alteri uſum quantitatis creditæ gratis concedat. vid. *L. XIII. §. XX. D. de act. emt. vend.* & NOODT. *de foenore & uſur. Lib. II. cap. X. ſqq.* Uſurarum vero exactio, quæ ex mora debentur, citra promiſſionem, facile inde defenditur, quod rationis ſit, ne alterius mora alteri noceat. Recte itaque tolerantur & compenſatoriæ & punitoriæ uſuræ. Lucratoriæ vero, ſive mordaces, quæ compenſationem legitimam uſus conceſſi transcendunt, recte damnantur THOMASIVS *ad Strauch. Diſſ. XVIII. th. XIII.*

## Aphor. XX.

PROPTER MORAM VSVRAE DEBEANTVR) Inter utramque tamen speciem hoc intercedit discrimen, quod compensatoriæ sive promissæ & cum ipsa sorte & separata actione peti possint, etiam sorte soluta; Punitoriæ vero & ob moram a judicis magis officio dependeant, & non solum a judice in sententia omissæ non debeantur, sed etiam sorte absque protestatione accepta remissæ censeantur. *L. XLIX. §. I. de action. emt. vend.* MEVIUS *P. I. Dec. CCXIX.* Sunt autem usuræ duplices ex mora. Moram enim inducit vel homo, & quidem aut diem solutioni certum præstituendo, aut debitorem, cui dies præfixus non est, interpellando *L. XXXII. D. de usur. L. XIX. C. Mandat.* vel lex immediate, cujus rei varia adsunt exempla in *L. XXIII. §. I. de usur. L. XIII. §. XX. de action. emti L. III. C. in quib. caus. restit.* Ut sic non errent, qui triplicem usurarum fontem adstruunt, pactum, moram & legem. Et ex hoc posteriori fonte etiam ille obligatus est ad usuras, qui deliquit, & damnum alteri non restituit *L. VIII. §. I. L. XX. de Condict. indeb.* add. LEYSER. *Spec. CCXLIV. med. IV.* Quod autem ait SCHILTERUS *Exerc. XXXV. th. XI.* hodie etiam ex sola æquitate usuras deberi, & hinc mutuum nunquam gratuitum præsumi, id cum Legibus Imperii pugnat vid. RECESS. *de anno 1600. §. CXXXIX. & de anno 1654. §. CXLVII.* BERGER. *Oec. Jur. p. 759. n. 5.* STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. II. cap. I. §. XXV.*

## Aphor. XXI.

VT SOLVM QVINCVNCES) De Jure Romano antiquo vid. NOODT. *de foen. & usur. Lib. II. cap. I. seqq.* de Jure Romano novo *L. XXVI. C. de usur.* Sigillatim administratores, qui pecuniam eorum, quorum res administrabant, in suos convertunt usus, centesimas, id est 12. pro 100. exsolvunt. *L. I. C. de usur. pupillar. L. X. §. III. D. Mand. L. VIII. C. si cert. petat. L. VII. C. de administr. & peric. tutor.* In Imperio nostro præter hos casus, quando administratorum perfidia coercetur, quincunces solum permissæ sunt & videntur majores eo ipso prohibitæ, vid. RECESS. IMPER. *de anno. 1654.* §. *CXLVII.* Nec, existimamus, rem privati arbitrii esse, ut quincuncibus majores sibi invicem promittant, nisi lege provinciali vel consuetudine rebus judicatis firmata tale pactum toleretur. Sic in Saxonia Electorali in cambiis, & mutuo Principi dato, semisses usuræ permittuntur. vid. *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. II. Exerc. VI.* §. *XI.* Utut vero permittat Princeps usuras solitis majores, facile tamen patet, eas non ipso jure deberi, sed pacto nihilo secius efficere debent partes, ut exigere easdem possint WERNHER *P. II. Obs. CCXVII. P. VI. Obs. CCCCXXVIII.* Ita quoque JCtos Jenenses nuper judicasse memini. Plane, si extra casus toleratos quis usuras semisses accipit, in poenam quidem usurariæ pravitatis non incurrit, BERGER. *P. II. Suppl. ad Elect. Disc. Forens.* pati tamen debet, ut, quod legitimam quantitatem excedit, sorti imputetur, quod,

quod, quomodo fiat, docet LEYSER. *Spec. CCXLVI. med. X.* In reliquis casibus, qui usurariam pravitatem committit, aliter atque aliter de Jure Romano vi *L. XX. C. ex quib. caus. infam. irrog.* de Jure Canonico vi *c. III. X. de usur. c. II. de usur. in 6to c. I. X. de sepult.* de Jure Imperii per RECESS. IMPER. *de ann. 1548. & 1577. tit.* von Wucherlichen Contracten, de Jure Saxonico punitur. *Conf. Introd. ad Jus Sax. d. l. §. XIII.* Ut vero poena locum habeat, pactum non sufficit, sed in actum deducta esse debet usuraria pravitas. Id enim exigit *cit. L. XX. C. ex quib. caus. infam.* & RECESS. IMPER. *de anno 1577. d. tit. XVII. §. VIII.* add. MEVIUM *P. VIII. Decis. CLXXXV.* BERGER. *Resol. Lauterbach. p. 500.*

## Aphor. XXII.

ANATOCISMUS VOCARI SOLET) Isque est vel separatus vel conjunctus. Hoc fit, quando usuræ sorti principali immiscentur. Illud, quando super usuris speciale chirographum sibi exhiberi curat creditor. Uterque prohibitus est, separatus vero toleratur eo in casu, si debitori nullum incommodum affertur v. c. si debitor dives, qui usuras solvere posset, ob proprium tamen commodum usuras tanquam sortem retinet MEVIUS *P. IV. Decis. CCXIII.* Ubique tamen anatocismus præsupponit eundem debitorem & creditorem, qui posterior adhuc adest, etiamsi cessio interveniat, cum cessionarius fiat procurator cedentis. Quotiescunque vero I) debitori per novationem, sublata priori obligatione, novus debitor substituitur II) Tertius creditori satisfacit, & debitorem prio-

rem

rem sibi ob utilitatis ejus promotionem obligat, III) administratores pecuniae alienae usuras exactas non elocant, usurae ubique naturam sortis inducunt, & usuras usurarum admittunt, vid. *L. XXXVII. D. de usur.*

IN ANNVIS REDITIBVS) Quo de asserto tamen merito dubitabis. Sunt enim annui reditus, ceu mox videbimus, verae usurae, & ideo leges, quae de anatocismo & cursu usurarum ad alterum tantum disponunt, ad hos etiam reditus pertinent. vid. LEYSER *Spec. CCLII. med. II. seqq.* idque citra distinctionem, sive sint redimibiles, sive irredibimiles WERNHER. *P. III. Obs. LXXII.*

## Aphor. XXIII.

FVERINT SOLVTAE) Si ab iis, quae de cursu usurarum ultra alterum tantum in Saxonia Electorali, in duobus casibus ab Auctore allegatis, ut & ab iis discesseris, quae in favorem civitatum in NOV. *CLX.* constituta sunt, ut usurae particulariter solutae in sortem non imputentur, leges Romanae indistincte ejusmodi cursum prohibent, sive particulariter solutae, sive residuae alterum tantum excedant, ita quidem, ut ne interesse quidem ulterius debeatur per claram *L. un. C. de sent. quae pro eo, quod interest.* Nec certe magis privilegiati esse possunt reditus annui, cum usurarum rationem eos habere res dudum evicta sit. Quodque praeterea Doctores statuunt, exceptas esse usuras de pecunia pupillari solvendas, usuras ex mora post interpellationem vel hominis,

nis, vel judicis, vel legis, id absque lege defendunt.

## Aphor. XXIV.

RESPONDEANT QVINQVE) Et recte omnino, quacunque demum ratione constituantur. Nam supra jam ad *Lib. II. Tit. XII.* §. *XVI.* evicimus, censum constitutivum in fraudem legis prohibitivæ Juris Pontificii, ne usuras quis sibi de sorte stipularetur, esse inventum, & palliatum continere mutuum, unde merito hujus jure censebitur, nec præter legem peculiare ejus privilegium est fingendum. Et ne jus quidem prioritatis in concursu creditorum absque legis dispositione facile tuentur. Hoc singulare est, quod debitum hoc singulis annis cedat, nec una præscriptione tollatur *L. VII.* §. *ult. C. de præscript. XXX. vel XL. annor.* quod tamen, existimarem, de casu solum intelligendum esse, si non in perpetuum sunt constituti, cum alias & annuæ præstationes perpetuæ uni præscriptioni subsint BÖHMER. *Jur. Eccles. Protest. ad tit. de præscript.* §. *II. seqq.*

# Tit. XXI.

# Quibus modis tollatur obligatio ex contractu.

## Aphor. III.

SOLVTIO STRICTE DICTA) Imo potius solutio in genere spectata quamcunque liberationem & satisfactionem denotat. *L. LIV. D. de solution.* Specialius autem de actuali præstatione

tione ejus quod debemus accipitur, sive res, sive factum, siue quantitas, in obligationem deducta sit *L. LII. Eod.* Srictissime peragitur, pecunia numerata interveniente *L. XLIX. D. Eod.*

## Aphor. IV.

Ipse solvat, qvi debet) Modo tamen liberam rerum suarum habeat administrationem, atque, quod solutum est, facere possit accipientis *L. XIV. §. VIII. de solution.* Est enim solutio titulus ad transferendum dominium habilis *L. XVII. L. XX. L. XCIV. Eod.* Hinc etiam minus recte solvitur res aliena, quamvis conditionem usucapiendi transferre possit solvens *L. LXXVIII. Eod.* Cæterum, si, qui libere non administrat, alias revera debet & solvit, & solutum tamen repetit, facile exceptione doli submovetur *L. XIV. §. VIII. Eod.* Pari ratione creditor, qui bona fide accipit, quod solvitur, vindicationem timere non debet, quando vel nummos consumsit, vel iidem apud eundem perierint.

## Aphor. VI.

Vel aliis hvjvsmodi cavsis) Generatim nota, minus recte tutori solvi sortem, bene tamen usuras, & reditus, cum horum intuitu legale jam habeat mandatum ad accipiendum & liberandum. Quod autem, qui sortem tutori solvit, non statim fiat securus, id inde est, quia tutoris auctoritas personam quidem pupilli integram reddit, non vero tutoris actiones legitimat.

Aph.

## Aphor. VII.

DIVERSAE SVMMAE DEBEANTVR) Id est, si debitor debitas summas uno eodemque tempore haut acceperit, & super omnibus debitis novatio non accesserit. Alias enim particulariter non solvit. Hoc singulare est, quod debitum cum mercatore contractum, eine Buch-Schuld, utut non uno tempore acceptum, integrum tamen solvendum sit.

VEL LEX) Quæ & succurrit debitoribus, qui ob calamitatem publicam ad incytas redacti sunt vi RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. *CLXXII.*

NECESSITATE IPSIVS REI) Quæ adesse censetur I) Si id, quod promissum est certo tempore, ob moram debitoris creditori nunc usum amplius non præstet. Tum agit ad interesse II) Si res promissa non amplius extet, vel factum promissum ob impedimentum in persona debitoris contingens impleri nequeat. Tum iterum in subsidium rei æstimatio præstanda, vel factum per id, quod interest, compensandum est. III) Si quis pecuniam debet, nec tamen ob pecuniæ inopiam ex calamitate publica ortam satisfacere potest. Tum enim, si prædia possidet, quæ justo pretio vendere nequit, debitori permittitur datio in solutum, eo effectu, ut creditor prævia æstimatione speciem pro pecunia accipere debeat *d.* REC. IMPER. *de anno 1654. d. l.*

## Aphor. IX.

NON DICIMVS ID) His in casibus videtur primo solutum in id, quod solvere ante omnia sole-

solemus, nempe in usuras. Postea in sortem, & quidem principaliter in eam, quam ex graviori causa debemus. Sin nulla causa prægravet, in antiquiorem causam solutio facta intelligitur. Si denique nulla antiquior, in omne, quod debemus, pro rata. *L. I. L. V. §. II. L. XVIII. L. CIII. D. de solution.*

## Aphor. X.

In debitis antiqvis) Non tamen ex solo temporis, etiam antiquissimi, lapsu, si semel creditor debitum existere probaverit, nisi præscriptio accesserit. Præsumitur vero v. c. ex cancellatione chirographi *L. XXIV. de probat*, si chirographum penes debitorem existat *L. XIV. seqq. C. de solut.*

## Aphor. XII.

Hodie qvibvscvnqve verbis) Quod olim eo minori efficacia fiebat, quo certius est, nullum pactum nudum obligationem produxisse. Imo ne per acceptilationem quidem aliæ obligationes, quam verbales, tolli poterant, sed opus erat stipulatione Aquiliana, vi cujus aliæ obligationes prius in stipulationem deducerentur, quo stipulatione contraria tolli possent. Sed hodie omne pactum legitime initum, & sic etiam liberatorium, plenam producit obligationem, eo quidem effectu, ut, ubi de voluntate liberandi debitorem constat, ejus ne quidem acceptatio præcise requiratur, cum leges consensum & acceptationem magis præsumant, quam exigant, quod in pactis obliga-

ligatoriis omnino ſecus, ſiquidem jura proniora ſemper ſunt ad liberandum, quam ad obligandum.

## Aphor. XIII.

VEL MODVS OBLIGANDI MVTATVR) Generatim novatio, qualiscunque ſit, priorem obligationem perimit, utut non omnis novatio nexum inter creditorem & debitorem tollat. Nam &, ſi quod ex emto debebam, nunc ex ſtipulatione, quod ſub conditione, nunc pure, quod ex antiquo chirographo, vel contractu pignoratitio, nunc ex novo debere incipio, prior qualitas ceſſat. Ut ſic cautus debeat eſſe creditor, ne, ſi novam obligationem perficit, prioris privilegium amittat.

AVT CREDITORIS PERSONA MVTATVR) Ea quidem intentione, eoque effectu, ut nexus inter priorem debitorem & creditorem plane tollatur, novaque plane inter novum creditorem & debitorem introducatur. Nam ſola interventio novæ perſonæ non ſtatim tollit priſtinam obligationem. Sic ceſſio nominis, quando creditor alium ſibi ſubſtituit, qui ſuo nomine exigat debitum, non eſt novatio, ſed ceſſionarius potius ex perſona cedentis, ſalva obligatione, agit, quæ inter hunc & debitorem ceſſum jam aderat. Sic etiam aſſignatio, quando debitor ſuum debitorem ſibi ſubſtituit, ut priori creditori ſatisfaciat, non eſt novatio, ſed manet iterum obligatio inter creditorem & aſſignantem ſalva, nec ille contra hunc actionem amittit, ſi aſſignatarius non ſolvit. Igitur in genere

nere notandum, novationem non præsumi, sed id nominetenus agere debent creditor & debitor prior, ut pristinam obligationem tollant, illeque, qui noviter accedit, omnem obligationem in se transferat *§. III. J. quib. mod. tollit. oblig. L. ult. C. de novat.* Quamvis non requiratur præcise, ut verba adhibeamus formalia, daß die vorige Obligation cassiret und aufgehoben seyn solle, sed sufficiat, ejusmodi facta adesse, quæ directo ad animum novandi inferendum spectant. Non enim præcise verba desiderat *cit. L. ult.* Sed ad voluntatem novandi respici jubet, quæ certe & verbis & factis exprimi potest *L. IV. pr. de pact.* SCHILTER. *Exercit. IX. § XXIII. Ex. XXXVII. §. CXCI.* add. LEYSER. *Spec. DXXVI. med. VI. & Spec. DXXVII. med. IV.*

## Aphor. XIV.

CESSIO NOMINIS) Qui actus quidem ex parte cedentis re ipsa alienationem involvit, & cum effectu jus cedentis in cessionarium transfert, ut eo nomine, quæ de alienatione sunt statuta, ad nominis cessionem recte applicentur. Confer. STRYCKII *Diss. de jure non cessibili.* Respectu vero debitoris cessi priorem obligationem non mutat, sed hujus jura per omnia manent illæsa, nec quicquam illi ratione exceptionum actus inter cedentem & cessionarium præjudicat. Fit enim cessionarius procurator in rem suam, id est, quatenus nomen exigit, mandatarius cedentis est. Quia vero nomen ipsi simul cessum est, cedenti, quod exegit, non restituit, sed in suos usus convertit. THOMASIUS

*Diss.*

*Diss. de exig. usu L. Anastas.* §. *VII.* GUNDLINGIAN. *P. VI. membr. II.* Quapropter non opus est, ut debitoris cessi consensus requiratur *L. III. C. de hered. vel action. vendit.* nec quicquam obstat, ne debitor etiam post cessionem cedenti cum effectu liberationis solvat, cumprimis, quando facta cessio ipsi nondum denunciata est *d. L. III. C. Eod.* Post denunciationem vero factam cedenti solvere nequit. Nec tamen ad solutionem cessionario faciendam recte compellitur, quamdiu cessionarius non probavit, sibi cessionem factam esse. Conf. LUDOVICI *Diss. de legitim. ad caus.*

## Aphor. XVI.

CONTRIBUTIO) Requirit igitur compensatio I) mutuos debitores, quo nomine tertii debitum compensari nequit, & ne tutori quidem, nomine pupilli aliquid petenti, proprium debitum opponi *L. XXIII. D. de compensat.* Debitor tamen ex persona tertii, a quo causam habet, si alter debitor huic debeat, compensat, v. c. cessionarius ex persona cedentis, fidejussor ex persona debitoris principalis. II) Debita mutua, ut sic nihil intersit, sive ex contractu sive ex delicto proficiscantur *L. V. & VIII. C. de compens. L. X.* §. *II. D. Eod. L. XXXVI. de dol. mal.* Perinde etiam est, sive ex contractu bonæ fidei, sive ex negotio stricti juris proveniant, quod late docui in *Comment. ad Constit. omiss. tit. J. de action.* §. *XXXIX.* III) Debita ejusdem generis. Nam quantitas cum quantitate, species certæ æstimationis, cum specie, quæ pretium affectionis non reci-

pit, compensatur MEVIUS *P. II. Decis. CXXXI.* IV) Debita ejusdem qualitatis. Liquidum enim cum illiquido, debitum conditionale vel in diem cum puro compensari nequit *L. VII. pr. D. L. fin. §. I. C. de compensat.* Cæterum sufficit, verum debitum adesse, utut naturalem solum habeat obligationem *L. VI. D. Eod.*

## Aphor. XIX.

IN CAUSIS TRIBUTORUM) Alias si fiscus ex contractu agit, vel etiam ex delicto, quod interesse pecuniarium admittit, compensatio recte opponitur *L. XLVI. D. de jur. fisc. L. III. C. de compens.* Præsupponitur tamen casus, ut eadem statio debeat. Unde si Camera petit id, quod Accisa debet, non compensatur WERNHER. *P. IV. Obs. CIV.*

## Aphor. XX.

IPSO JURE FIERI) Id est, opposita exceptio compensationis non demum efficaciam habet, quando opponitur, sed effectus ejus retrotrahitur ad tempus, quo mutuum debitum aderat *§. XXX. J. de action. L. IV. C. de compensat.* Ab illo ipso enim momento vim habet solutionis, ut non usuræ solum desinant *L. VI. C. de solut.* sed & reliqui omnes effectus solutionis adsint. Quo sensu compensare idem esse dicitur ac solvere. Nec impedit ideo pactum, licet juratum, vi cujus quis solutionem promisit, ne debitor compenset, cum re ipsa solvat, modo tamen tum se non obligaverit ad solutionem præcise faciendam, ubi jam com-

compenſare poterat. In poſteriori enim hoc caſu compenſationi renunciaſſe videtur, vid. MAESTERTIUM *de compenſat. quæſt. XII.*

## Aphor. XXI.

RETENTIO) Et errant utique, qui retentionem compenſationem nominant temporalem. Jus enim retentionis eſt jus creditoris, rem debitoris permiſſu legis tamdiu poſſidendi, quamdiu debitum non exſolvit. Non itaque transfert dominium, nec obligationem tollit, ſed jus pignoris tribuit BEYER. *Poſit. ad D. tit. de compenſat. §. XXXVII.* Interim patet, nemini jus eſſe retinendi, niſi cui leges id permittunt. Et eatenus etiam nil intereſt, ſive cauſa retentionis ipſi rei, quæ detinetur, inhæreat, ſive aliunde dependeat LUDOVICI *Diſſ. de jure retent. ex diverſ. etiam cauſ. compet.*

## Aphor. XXIV.

OPE EXCEPTIONIS) Hoc in ſenſu exceptio dicitur defenſio, quam a creditore conventus eum in finem objicit, ut intentionem creditoris excludat. Non itaque, quod alii putant, exceptio ſola negatione abſolvitur, ſed aſſertionem contrariam continet, quo nomine a Litis Conteſtatione negativa ſatis diſtinguitur. Erant autem olim exceptiones vel juris vel facti. Quæ differentia a diverſitate juris Civilis & Prætorii deſumta eſt. Juris enim exceptio dicitur, quando reus ſe in æquitate Prætorii juris fundat, ut actionem ſubtili jure competentem excludat. Facti exceptio nomina-

 tur,

tur, quando reus ſe contra actorem, quem ſtrictum quoque jus deſtituit, defendit. Parum vero in effectu inter utramque intereſſe, & res ipſa docet, & PAVLVS jam in *L. CXII. D. de Reg. Jur.* aperte loquitur.

## Tit. XXII.

## De in integrum reſtitutione.

### Aphor. I.

RESTITVTIONEM IN INTEGRVM) Omne argumentum de reſtitutione in integrum, contra obligationem, quam quis ex conventione in ſe ſuſceperat, eſt ex jure Prætorio, & ſub prætextu æquitatis eum in finem inventa, ut, qui ex obligatione jure Civili ſtricto ſubſiſtente læſi eſſent, remedium haberent, ſeſe ab obligatione liberandi. Quamvis enim alias jus quoque ſtrictum reſtitutionem in integrum non ignoret, quæ ideo civilis nominatur, & prætoriæ contradiſtinguitur, illa tamen ipſa non eum in finem, ut obligatio ex contractu ceſſaret, ſed ideo introducta eſt, ut vel, qui poenam ſubiiſſet, priorem recuperaret ſtatum *L. XXVII. D. de poen. tot. tit. D. de ſentent. paſſ. & reſtit.* vel ex jurejurando legali aut ſententia judicis in cauſa civili condemnatus priſtinum jus conſequeretur *L. XXXI. D. de jurejur. L. XXXIII. D. de re judic.* Quæ vero poſtea a Legislatoribus ſuperadditæ ſunt reſtitutiones, v. c. reſtitutio Reipublicæ in *L. III. C. de jur. Reip.* reſtitutio contra læſionem ultra dimidium in contractibus permutatoriis in *L. II. C. de reſcind.* ven-

*vendit.* ad exemplum Prætoriarum invaluerunt. Interim tamen inter civiles & Prætorias ratione durationis magnum intercedit discrimen, dum illæ perpetuæ sint, & per XXX. annos durent, hæ breviori spatio finiantur. In genere vero Prætoriæ subsidiarium solum usum habent, si ipsum jus strictum remedia contractum rescindendi nescit. Utut sibi optime consulant, qui in casu, ubi remedium civile & Prætorium concurrunt, vel hoc præ illo eligunt, vel utrumque cumulant. Eligunt autem recte Prætorium, si pinguius est, & plus promittit. Sic minori ex emtione venditione læso plus omnino spondet remedium restitutionis in integrum, ex capite ætatis a Prætore concessum, & ob quamvis læsionem competens, quam querela de læsione ultra dimidium ex jure Codicis. Denuo iterum minori in alienatione bonorum læso plus promittit restitutio in integrum, contra tertium, quocum contraxit, immediate & eo fine urgenda, ut rem iterum consequatur, quam actio contra tutorem. Cumulant deinde recte civile & Prætorium remedium, si incerti sint, quale competat. Conf. STRYCK. *de action. investig.* BÖHMER. *de action. Sect. III.*

OB LAESIONEM FACTAM) ex ipso negotio, contra quod restitutionem urgemus, profluentem *L. VII. §. I. D. de restit. in integr.* cum casus aut culpa superveniens restitutioni non faciat locum. Sic certe per se patet, læsionem prius probandam, quam restitutionem concedendam esse *L. XXXIX. de adopt.* quod absque causæ cogni-

tione fieri nequit *L. III. D. de restit. in integr.* Judex igitur de restitutione imploratus eam vix concedit, si appareat, læsionem non adesse. Imo si adsit, modica tamen sit, quia hic agitur de rescindendo contracto, ne eam quidem attendit *L. IV. D. Eod.* E contrario autem tum minus recte denegabit, si negotium gestum ita comparatum esse deprehendit, ut per se læsionem contineat *L. VII. §. III. de minor.* Struv. *Ex. VIII. th. XLVIII.* Mev. *P. VII. Decis. CCLXXXVII.*

## Aphor. II.

Ratione personae vel rei) Et hactenus nil interest, etiamsi læsio ab eo ipso, a quo restitutio petitur, proveniat *L. XVI. §. fin. L. XLII. de minor.* Consultum vero est, ut de restitutione, quæ actioni personali cohæret, judicem domicilii, de ea vero, quæ ex actione reali, vel in rem scripta provenit, judicem rei sitæ imploremus, cum facilior sit executio. Judex vero contractus de restitutione cognoscere nequit *L. II. C. ubi & apud quem* ibique Brunnemann, quia forum contractus solum locum habet, quando de implendo contractu agimus, hic autem de rescindendo negotio sermo est.

## Aphor. III.

Ut constet, quare Prætor ex his maxime caussis, quarum Auctor meminit, restitutionem in integrum concesserit, hoc moneamus necesse est, Romanos in conventionibus civilibus & stricti juris servasse regulam: Coactam voluntatem esse quoque

que voluntatem *L. XXI. §. V. D. quod met. caus.* cum e contrario in negotiis juris Gentium metus omnem actum vitiaret, GUNDLING. *Diss. de efficient. met. cap. III.* Eodem modo, licet jus Naturæ ob dolum negotium redderet nullum, Romani tamen id denuo in negotiis stricti juris non admittebant *L. XXXIV. de verbor. obligat.* Imo ne bonæ fidei quidem negotia nulla ob dolum declarabant, nisi quis fraudibus ad contrahendum esset inductus *L. VII. pr. D. de dol. mal.* add. NOODT. *de formul. emend. dol. mal.* Utrumque principium ex Stoica Philosophia hauserant, quæ in sapientem metum cadere posse negabat, LIPSIUS *in manud. ad Philos. Stoic. Lib. III. Diss. VI. & VII.* quæque stultum magis, quam sapientem, opinari tradebat, Conf. BUDDEI *Diss. de error. Stoic. in Philos. Moral.* Sed utrumque etiam principiis Juris Naturalis, quæ in conventionibus & verum & liberum consensum requirunt, repugnabat. Quod Prætorem movebat, ut, cum tollere non posset legum dispositionem, obligationem tamen metu extortam & dolosas circumventiones per restitutionem in integrum invalidaret. Porro & Jure Civili stricto minorum conventiones absque curatore celebratæ subsistebant. Et licet postea læsionis evitandæ causa curatores acciperent, non tamen semper curatoris præsentia læsionem impediebat. Quo nomine denuo minoribus læsis Prætor ex capite ætatis succurrere voluit HEINECC. *Antiquit. Lib. I. Tit. XXIII.* Deinde civili jure per emancipationem

& adoptionem filiusfamilias in servilem plane causam deducebatur *L. ult. C. de emancip. L. ult. C. de adoption. L. XCVIII. §. VIII. de solut.* & ideo jura privata & actiones stricti juris amittebat *L. II. L. V. §. II. L. VI. seqq. de capit. min.* Hæc igitur jura restituit Prætor. Denique Jure Civili stricte dicto & præsens contra absentem, & absens contra præsentem usucapionem rerum inchoare & perficere poterat, quo ipso absentes sæpissime lædebantur *L. XLIV. ex quib. caus. major.* cum tamen negligentia ipsis imputari non posset. Ob hanc itaque causam Prætor denuo restituit contra usucapionem *L. XXI. Eod.* Tandem in genere illis, qui absque culpa sua læsi erant, ex generali clausula in *L. I. §. fin. Eod.* eo effectu succurrit, ne damnum sentiant.

## Aphor. IV.

IVSTVS METVS) Quis sit justus metus, una vix confici potest regula, quia non una eademque omnibus hominibus est constantia, atque ideo sexus, ætatis, valetudinis, habenda sit ratio *L. V. seqq. D. quod met. caus.* Idque agnoscit etiam VLPIANVS in *L. III. quib. ex caus. major.* dum justum metum ex affectu metuentis intelligendum esse ait. Hoc tamen semper necesse est, ut metus oriatur ex præsenti & instanti periculo a tertio repræsentato, qui non quidem jus, voluntatem tamen & facultatem timorem inferendi & nocendi, habet. Præsens autem periculum non præcise illud est, quod jamjam & in continenti instat, sed quod etiam futurum & inevitabile est,

mini-

minimum tale esse ex verosimilibus caussis credi potest *L. I. quod met. caus. L. XXVII. §. I. Locat.* Inde recte infero I) metum justum non esse, ubi quis solum suspicatur malum futurum *L. IX. pr. D. L. IX. C. quod met. caus.* Nam illi, qui sibi ipsi metum infert, restitutionem denegat *L. XXI. pr. Eod.* II) metum justum non esse metum infamiae, & ejus periculi, quod privatus cum effectu minari nequit *L. VII. pr. D. Eod.* III) non esse metum justum, qui jure licito infertur *L. III. §. I. L. XXI. Eod. L. LXXXIV. de legat. I.* modo limites servet praescriptos, qui cogit *L. III. L. VII. Eod.* IV) Non esse metum justum, qui infertur ab eo, qui minas exequi nequit V) Esse tamen metum justum etiam absque minis, si aliunde de periculo imminente certo constet LEYSER. *spec. LVIII med. III.* VI) esse metum justum, si minae mortem, verbera, vincula, carcerem loquantur *d. L. VII. §. I. D. L. VI. C. Eod. L. XIII. C. de transaction.*

## Aphor. V.

COMPVLSVS EST ALIQVID GERERE) Ex quo per se patet, praerequirere actionem, ut damnum alicui illatum sit per vim compulsivam. Qui damnum non habet, nec laesum se dicere potest *L. XII. & XIII. D. quod met. caus.* Non tamen ideo negotium, cui metus accessit, etsi reipsa alter damnum non incurrat, validum est, sed vel nullitate laborat, *L. XXI. §. III. Eod.* vel alia remedia parit. Deinde, quia vis compulsiva requiritur, locum non habet actio quod metus caussa, ex

ex vi ablativa, quippe quæ parit actionem bonorum raptorum, ex vi expulsiva, quæ locum facit interdicto unde vi, ex vi turbativa, quæ producit interdictum uti possidetis, ex vi offensiva, ob quam datur actio injuriarum. Plane vis repulsiva omni jure licita est.

## Aphor. VI.

ADVERSVS OMNES) Hoc tamen inter actionem, quæ contra inferentem metum, & eam, quæ contra tertium bonæ fidei possessorem datur, interest, quod ille teneatur de casu & de fructibus percipiendis *L. XII. pr. D. quod met. caus.* hic vero non respondeat de re extincta *L. XIV.* §. *V. D. Eod.* nec de fructibus, quos perceptos consumsit add. *L. XVIII. D. Eod.*

## Aphor. VIII.

DOLVS MALVS) Dolus in se quodvis pessimum consilium alteri nocendi, & sigillatim, quando conventionibus sese immiscet, calliditatem involvit & proæresin, alium lædendi & circumscribendi per simulationem & mendacium *L. VII. §. IX. de pact.* Non itaque dolus, sed solertia est, quando mendaciis utimur & simulationibus, non ut noceamus, sed ut nostra & aliena tueamur & emolumentum capiamus *L. I. §. II. seqq. de dol. mal.* Quamvis enim & hoc cum honestate pugnare videatur, quando alterum in errorem deducimus, leges tamen omnia ad vivum non resecant, sed multa licent, quæ tamen honesta non sunt *L. XLIV. pr. de Reg. Jur.* Atque hæc solertia do-

dolus bonus vocari consuevit, & omni jure pro licito habetur, modo ad veritatem dicendam specialis obligatio non adsit LEYSER. *Spec. LIX. med. V. seqq.*

## Aphor. IX.

EX HAC CAVSA DATVR) In subsidium nempe, quando aliud remedium deficit, idque vel ideo, quia dolus infamat *L. I. §. IV. de dol. L. XV. §. III. Eod.* Quo nomine contra eos, quibus reverentiam debemus, & contra heredes non datur actio de dolo, nec datur ultra biennium, quamvis leges permittant, ut iis in casibus, ubi actio de dolo plane non potest applicari, verbis in factum temperatis actione in factum subsidiaria experiamur *L. XI. §. I. L. XXVIII. sequ. Eod.*

## Aphor. X.

CVRATORVM AVCTORITATE) Quando enim soli minores vel pupilli contraxerunt, restitutione non opus, sed contractus ipso jure nullus est, & minor rem datam extantem recte vindicat, consumtam condicit, nondum datam exceptione nullitatis conservat, add. *L. III. C. de in integr. restit. L. II. seqq. C. si tut. vel cur. interv.*

INIERVNT ) Itaque, ut aliquid cum minore sit gestum, requiritur, unde damnum vel grave incommodum sustineat *L. I. §. I. de minor. L. XLIV. de recept. qui arbitr.* Delicta huc non pertinent *L. XXXVII. pr. de minor. L. I. C. si adv. delict.* Quod autem ad reliqua minorum negotia attinet, perinde est, quacunque ratione sint læsi. Sive enim

enim quid gesserint, unde læsio positiva oritur, sive quid gerere omiserint, quod læsionem privativam operatur, & utilitatem intercipit, sive oneri, quod suscipere non licuit, sese subjecerint, sive in judicio, sive extra judicium læsi sint, ubique restituuntur *L. VII. §. VI. L. XLIV. de minor.* Solæ fere actiones, quæ ad meram vindictam tendunt, amissæ, exceptæ sunt *L. XXXVII. pr. D. Eod.* Nam si præterea & rem persequuntur, adhuc restituuntur, quod exemplo querelæ inofficiosi testamenti probari potest *L. I. C. de integr. restitution.* Cæterum ubique præsupponendum est, posse rem in pristinum statum deduci. Sic minor non quidem contra matrimonium consummatum STRUV. *Exerc. VIII. th. LVII.* bene tamen contra matrimonium consummandum restitui potest in integrum BERGER. *El. Proc. matr. §. XVIII.* BÖHMER. *Diss. de restit. in integr. contr. sponf. pur. minor. & in Jur. Eccles. ad tit. de sponsal. §. LXXIII. seq.*

## Aphor. XI.

AETAS MINORENNIS) Habetur vero pro minorenni, cui vel una hora ad ætatem legitimam deest, *L. III. §. III. de minor.* Cumque, ceu diximus, nil intersit, utrum judicialiter, an extrajudicialiter, confectum sit negotium vid. *L. XI. C. de prædiis & al. reb. minor.* dubium non est, quin recte restituatur minor contra negotium, quod majorennitati proximus, judiciali auctoritate interveniente, gessit, LEYSER. *Spec. LX. med. I.*

## Aphor. XIII.

RATUM HABUERIT GESTUM) Sive expresse,

se, *L. I. & II. C. Si major. fact. rat. habuer.* sive tacite. Hoc fit, si vel adepta majorennitate sciens quid gerit, quod necessariam probationem negotii antea gesti continet *L. III. §. I. & II. D. de minor.* vel tempus petendæ restitutioni destinatum præterlabi patitur *L. ult. C. de tempor. in integr. restit.*

## Aphor. XIV.

QVAM PROFITETVR) Quod tamen rationis magis est, quam ex legibus Romanis evincitur. Tanta enim vis *L. VI. C. de muner. patrim. L. I. C. de his, qui ven. ætat. L. III. C. si minor. se major.* ad quas provocant, non inest, ut asserto patrocinium spondeat LAVTERBACH. *Diss. de Jur. in curia mercat. usit.* §. *XLVI.* At tamen, qui artem profitetur, & imperitia sua damnum incurrit, restitutione indignus est, cum sua culpa damnum sentiat add. MEVIVM *ad Jus Lubec. P. III. tit. VI. art. XXI. n. 26.*

## Aphor. XV.

SED CONTRA TERTIVM) Quod negavit quidem BERGER *in Diss. de restit. in integr. ob rever. deneg.* §. *XXVIII.* sed mutavit sententiam in *Comment. pec. ad* L. *II.* C. *qui & advers. quos.* Et recte. Nam *d. L. II.* de casu solum loquitur, quo liberi contra ipsos parentes restitutionem urgent. Contra tertium vero eandem concedi, etiamsi jussus vel factum patris intervenerit, patet ex *L. III. §. V. d. de minor. L. II. C. si advers. donat.*

SECVNDO NVBENTEM) Generatim præsupponitur, restitutionem urgeri contra parentes, qua tales,

tales, & veros. Neque enim ad novercam, neque ad patrem adoptivum, neque ad matrem nutricem, neque ad matrem binubam *L. II. C. qui & adv. quos* pertinet add. Nov. *LV. cap. I.* Utut vero hac ratione nonnunquam cesset restitutio in integrum, non tamen cessat actio in factum, ut læsio reparetur add. Stryck. *Us. Modern. D. tit. de minor.*

Minorem aeqve laesvm) Quod tamen fallit, si, qui restitutionem urget, de damno vitando, & alter de lucro captando certet *L. XXXIV. D. de minor.* Idque usu fori tum semper fieri creditur, si quis contra fatalis lapsum restitutionem urgeat. Deinde regula, quod privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio, intelligenda solum est, de privilegio ejusdem generis. Quod si enim minor cum privilegiato concurrat, cujus privilegium non est æqualis roboris, ille adhuc restituitur *L. XI. §. VII. L. XII. Eod.* Et sic, existimarem, semper jus minoris prævalere, si cum eo res sit, qui exemplo minoris restitutione utitur.

## Aphor. XVI.

Non conceditvr) Regulam inde desumunt Practici, non dari restitutionis restitutionem. Sed hæc vniversalis non est, & tum demum vera, quando quis contra denegatam restitutionem, quæ vires rei judicatæ obtinuit, denuo restitutionem urget. Ita enim accipienda est *L. I. C. Si sæpe in integr. restit.* & temperanda simul, ut restitutio restitutionis locum habeat, si nova causa emergat *L. II. C. Eod.* Adversus concessam vero restitutionem

tionem ex eadem causa nova datur restitutionis petitio *L. VII. §. IX. D. de minor.* Imo & super eadem re, v. c. super fatalis lapsu, sæpius restitutio peti & concedi potest, vid. WERNHER. *P. I. Obs. CCCXIX.* quousque sententiæ clausula comminatoria, bey Verlust des Beneficii restitutionis in integrum, nondum addita est IDEM *Supplem. Vol. VII. ad d. Observ.* CARPZOV. *P. I. Const. XVI. def. VIII.*

## Aphor. XVII.

EJUSVE HEREDI) Quorum intuitu distingue, utrum & ipsi minores sint, an majorennes. His tempus, intra quod minor restitutionem petere potuisset, statim ab adita hereditate currit *L. V. C. de tempor. in integr. restit.* Illi ex sua potius, quam ex defuncti minoris persona restituuntur, & sic tempus restitutionis ipsis demum currit post adeptam majorennitatem *L. XIX. D. de minor.*

ETIAM SOCIO) Nunquam vero illi, qui obligationi minoris fidejubendo accessit, imo minor contra hunc ipsum restitui potest *L. XIII. pr. de minor.* Si tamen præter ætatem & alia restitutionis causa adest, quam fidejussor etiam urgere posset, v. c. dolus, huic restitutio omnino prodest *L. II. C. de fidejuss. minor.* Quod autem ad socios minorum attinet, qui majorennes sunt, illis in causa individua impetratam restitutionem prodesse, leges clare loquuntur *L. IV. §. IV. Si servit. vind. L. XXIX. §. I. de minor. L. un. C. si in commun. ead. caus.* Quænam vero sit causa indivi-

dividua, non convenit. Mihi ea tum adesse videtur, quando jus minoris & socii ita connexum est, ut jus minoris salvum esse nequeat, nisi major simul restituatur. Quare facile patet, in negotiis pecuniariis ejusmodi connexionem non adesse. Imo, ne quidem simpliciter adest, si fatale neglectum sit, quod alias defendit MARTINI *in Anal. forens. tit. XX.* sed, objectum litis hic maxime respiciendum esse, recte monet WERNHER. *P. I. Obs. CXII. & Suppl. Vol. VII. ad d. Obs.*

## Aphor. XVIII.

ETIAM IGNORANTI) Quia vero ille, qui nescit, experiundi potestatem non habet *L. VI. de calumniat.* & non valenti agere non currit præscriptio, merito dixeris, tempus a quo currere demum a die scientiæ. Atque ita declaranda est *alleg. L. fin.* add. CARPZOV. *Lib. II. Resp. XCVI.* LEYSER. *Spec. LX. med. V.*

## Aphor. XIX.

AVT VNIVERSITATI) Huic tamen, ut & fisco, aliisque Collegiis competere beneficium restitutionis in integrum, nulla lege probari potest. Sed non dubitarunt Doctores, quin dispositionem *L. III. C. de jur. Reip.* ad fiscum, tanquam ad patrimonium Reipublicæ, aliasque universitates per extensivam interpretationem applicarent.

LAESIONIS) Et quidem cognitæ, sic vero simpliciter a die scientiæ. Quam cum non facile acquirant universitates & collegia, quam post mortem rectoris male administrantis, currere ideo incipit

cipit præscriptio a tempore successoris, utprimum scivit, illicitam esse alienationem ZIEGLER. *ad Lancell. Lib. III. Tit. XVIII. §. III.*

## Aphor. XX.

NVLLVS EST VSVS) Nam neque emancipatio amplius amissionem jurium privatorum operatur, sed patriam potestatem simpliciter resolvit, neque adoptio cum decremento jurium conjuncta est, sed conditionem adoptati meliorem facit.

## Aphor. XXI.

OB ABSENTIAM) Olim ob quamvis absentiam justam, propter quam quis læsus erat, modo defensorem non habuisset *L. XXI. § II. L. XXII. ex quib. cauſ. major.* Prætor restituebat. Sed postea Jure Civili in *L. II. C. de annal. except.* proditum est remedium protestationis, vi cujus eo in casu, si absens contra præsentem præscriberet, præsens præscriptionem interrumpere poterat. Et ideo hoc in casu restitutio cessat, & usum solum habet, si præsens usucepit contra absentem.

RESTITVTIO CONCEDITVR) Tu nota sequentes regulas I) Ob absentiam laudabilem, qualiscunque sit, & indifferentem necessariam restitutio semper locum habet, & quidem indistincte, si procuratorem quis non habuit *L. VII sq. L. XXVIII. D. Ex quib. cauſ. major.* in subsidium, si procuratorem habuit, ille tamen solvendo non est *L. XXXIX. Eod.* vid. WERNHER. *P. II. Observ. CCCXCI.* ubi etiam ad Leges obstantes respondet. III) Ob absentiam voluntariam vituperabilem nun-

quam datur restitutio *L. II. §. IX. si quis caution.* IV) Ob absentiam voluntariam indifferentem vel vituperabilem necessariam tum datur restitutio, quando absens vel ante discessum procuratorem invenire non potuit, vel invenit quidem, sed indefensus mansit, & procurator non est solvendo, *L. XXVI. §. I. Ex quib. caus. major.* STRUV. *Ex. VIII. th. LXXIII.* V) Restitutio nulli absenti conceditur, si vel apparet, eum, etsi præsens fuisset, læsionem tamen non fuisse evitaturum *L. XLIV. D. Eod.* vel tamen aliqua notabilis ejus negligentia concurrat *L. XVI. D. Eod.* add. LEYSER. *Spec. LXIII. med. II. & VI.*

## Aphor. XXII.

EXEMPLA OCCVRRVNT) Quo nomine vehementer errant WESENBEC. *ad tit. D. Ex quib. caus. major. n. 10.* VVISSENBACH. *ad Digest. Diss. XV. §. VII.* SCHILTER. *Ex. XI. th. XXIX.* quando, clausulam generalem ad alios casus, præter absentiam extendi posse, negant. Alia enim impedimenta etiam & casus fortuitos Prætorem cogitare, constat aperte ex *L. I. pr. & §. I. D. L. III. C. Ex quib. caus. major. §. V. J. de hered. qual. §. XXXIII. J. de action. L. I. §. IX. de itiner. act. priv.* Generatim vero tum semper locum habet, quando læso neque dolus neque negligentia imputari potest, & læsio reipsa adest. *L. XVI. D. ex quib. caus. major.* Sic facile patet, & illi succurrendum esse, qui procuratoris imperitia & negligentia lapsus est, modo suum a procuratore consequi nequeat

queat VMMMIVS *Disp. ad Proc. III. n. 52.* BERGER. *Oec. Jur. p. 897.* VVERNHER. *P. II. Obs. CCXCI.* Nec immerito restituitur, qui læsus est, dum auctoritatem judicis vel celebris JCti secutus est LEYSER. *Spec. LXIV. med. IV.* Non vero succurritur illi, qui vere contumax est VVERNHER. *P. X. Obs. CCCLXXIV.* add. tamen LEYSER. *Spec. XXXIII. med. I.* Non excusat sola rusticitas, non sola coecitas, non sola senectus, non sexus tantum, non sola paupertas, sed sufficiens causa adesse debet, eaque tum paupertatem sigillatim comitari censetur, si pauper in negotio, quod ob penuriam expedire non poterat, læsionem incurrat, & sic damnum habeat, quod vel ideo, quia sumtibus opus erat, ut averteretur, non poterat avertere MEVIVS *P. III. Decis. CLXXVIII.* Noluerunt igitur nuper JCti Jenenses pauperi restitutionem concedere, qui fatale probationis neglexerat, & ne dilationem quidem termini impetraverat.

## Tit. XXIII.

## De Delictis in genere & in specie de delictis privatis.

### Aphor. I.

FACTVM ILLICITVM) Rectius dixeris, delictum esse contraventionem legis vel prohibitivæ vel præceptivæ poenalis. Nam, ut absque lege nulla est obligatio, ita nec absque lege obligatio ad poenam subeundam. Et multa illicite perpetrantur, quæ tamen poena non expiantur

antur in foro civili, ob legis silentium, sed vel conscientiam solum onerant, vel honestati repugnant. Modo vero lex poenam minetur, id sufficit, nec præcise opus est, ut poenam certam statuat. Et eatenus inter legem prohibitivam & præceptivam nil interest, cum & negligentia & omissio facti, quod lex expediendum jubet, poenam mereatur, quando lex eam præstituit. Quod adeo verum est, ut, si unice ex lege prohibitiva delicta vellemus æstimare, omne fundamentum distinctionis inter delicta dolosa & culposa corrueret. Dum vero delictum in contraventione legis consistit, facile patet, actum præsupponi voluntatis, qui exterius se exerit. Quare in foro humano cogitationis poenam nemo luit *L. XVIII. D. de poen.* Imo nec ille puniri potest, qui nescit, quid agit. Sigillatim poenæ non subest infans, & furiosus *L. XII. D. ad L. Cornel. de sicar.* In somno, qui delinquit, impunitate gaudet. Qui vero scit, quod agit, illeque, qui avertere potuit aut debuit animi deliquium, poena omnino dignus est. Sic etiam dormiens, si vigilare debuisset, sic ebrius, qui temperanter vivere, sic iratus, qui affectum cohibere debuisset, recte punitur. Quamvis in Praxi his in casibus aliquid humanæ imbecillitati dare, & mitius cum ejusmodi hominibus agere soleant. Verum & in eo, qui scit, quod agit, certi gradus sunt observandi. Hujusque intuitu, qui infantiam mox egressi sunt, si delinquunt, coercentur solum & castigantur, qui pubertati proximi sunt, extra ordinem puniuntur, imo &, si malitia ætatem

tem suppleat, poena ordinaria afficiuntur. Minores nunquam excusantur, sed solum, ubi ultimum meruerunt supplicium, indistincte fere capite plectuntur. vid. CARPZOV. *Pr. Crim. Qu. CXLVI. sq.* STRYCK. *Diss. de poen. impuber. cap. IV. per tot.* Denique & ipsa contraventio suos habet gradus, quos in dictitanda poena respiciamus necesse est, nisi lex, ut in crimine perduellionis, omnem distinctionem rejiciat *L. V. pr. C. ad L. Jul. maj.* Alias multum inter conatum & ipsius delicti consummationem interest. Hanc enim ordinaria poena sequitur. Ibi variat poena, prouti conatus in actu remoto substitit, vel ad actum proximum pervenit.

## Aphor. II.

PRIVATA VOCANTVR) Ipsa distinctio inter delicta privata & publica magnum in Jurisprudentia Romana habet usum, horumque delictorum differentia specifica in eo consistit, quod læsus ex delicto privato non de læsionis solum reparatione, sed & de poena, ad quam lædens se obligaverat, sibi adjudicanda, civiliter agere, ea vero ratione & læsionem & poenam tanquam interesse privatum persequi posset. Sed ob delicta publica criminalis persecutio erat comparata per accusationem eum in finem expedienda, ut Reipublicæ ob reatum satisfieret. Eoque nomine læso commodum & emolumentum ex pœna non oriebatur. Verum hodie hæc distinctio usum non præstat, sed omnis contraventio legis publica expiatur poena, nec læso ad poenam acquirendam utilis est, unico exem-

exemplo de actione injuriarum æstimatoria, de qua infra, excepto. Quare, si quis ex delicto læsionem incurrit, quæ satisfactionem admittit, hanc solum actione civili prosequi potest. Reatus semper a læsione distinguitur, ejusque intuitu Reipublicæ satisfit. Hoc unum vero arbitrio læsi, qui conqueritur, relinquimus, ut quæstioni de reparanda læsione possit admiscere, implorationem de poena lædenti dictitanda, quam promeruit, ita tamen, ut judicis arbitrium ubique salvum maneat.

## Aphor. III.

Lucrifaciendi gratia) Quam hic ex Jure Romano Auctor suppeditat distinctionem inter furtum rei, usus & possessionis, hodie denuo non magni usus est. Depositarius enim, qui re custodiæ commissa utitur, commodatarius, qui rem ad alium usum adhibet, contractus fidem violat, & debitor, qui creditori pignus aufert, spolium committit. Quod quidem poenam extraordinariam operari potest. Nisi vero cum furto usus furtum simul rei, vel depositum & commodatum intervertendo, vel ejus acceptionem dolose & animo lucri faciendi negando, concurrrat furti poena locum non habebit Carpzov *Qu. Crim. LXXXV.* Berlich. *P. V. Concl. LVII.* Tabor. *in Racemat. p. 584.* Cæterum quod furtum rei attinet, proprie id tum adest, quando hæc concurrunt, ut I) res auferatur. Solus animus auferendi nondum sufficit, nisi quis rem jam abstulerit, eaque ipsi iterum erepta sit. Sic etiam, qui causa solum mora-

moralis furti est, proprie non furatur, sed extra ordinem punitur, nisi & ipse partem de furto tulerit. II) Res aliena auferatur. Qui rem propriam aufert, jus suum amittit. III) Auferatur invito domino. In rem, quæ dominum vel plane nullum, vel incertum habet, furtum non committitur. Ita proprie rei hereditatis jacentis, rei inventæ, quousque dominus ignoratur, furtum non fit. IV) Auferatur animo lucrifaciendi. Sic, qui vescendi causa vineam ingreditur, qui surripit, ut jus retentionis exerceat, qui aufert, ne fame pereat, dum prius, ut sibi detur, petiit, & repulsam tulit, nemoque alius est, qui misericordiam exerceat, furtum non committit.

## Aphor. IV.

SECUNDUM ORDIN. CRIMINALEM) In eo tamen Nemesis Carolina cum Jure Saxonico conspirat I) quod furtum qualificatum, id est, cum violentia commissum, citra distinctionem quantitatis, & insuper habita restitutione, ultimo supplicio afficiatur. Et convenit *Constit. Crimin. art. CLIX.* ut furtum qualificatum dicatur, quod vel ascensione, vel effractione, vel armis fit BEYER. *ad d. art. CLIX.* In Praxi tamen eadem conjunctim requirunt, & effractionem violentam, seditiosam & coadunatis hominibus vel armis factam desiderant: CARPZOV. *Qu. LXXIX.* II) Quod furtum tertium, etiamsi parvum sit, & restituatur, ultimo suplicio afficiatur, cum ejusmodi fur pro inemendabili habeatur vor einen verleumbden Dieb *C. C. C. art. CLXII.* Quia vero vix scire

possumus, num spes emendationis fallat, nisi prius jam punitus sit fur, merito præsupponendum est, furem jam poenam subiisse, & tamen denuo furtum commisisse. III) Restitutionem rei furtivæ in casibus, ubi poenam mitigat, a poena tamen corporis afflictiva non liberare. Reliquas regulas, quas Constitutio Criminalis suppeditat, exponit BEYER. *loc. alleg.* Hoc tamen addam necesse est, non simpliciter prohiberi, ne primum furtum simplex poena ultimi suplicii afficiatur, sed id ipsum *art. CLXX.* arbitrio judicis relinquit. vid. LEYSER. *Spec. DXXXV. med. XVIII.*

## Aphor. V.

NON SATIS CONSTET) De ea igitur, ut constet, ipse læsus efficere debet, ejusque intuitu jurejurando confirmare I) quod furtum passus sit II) quod furtum harum rerum, quas eum in finem specifice consignat, passus sit, III) quod æstimationem, quam easdem habere asserit, reipsa recipiant. Quamdiu vero de his tribus non constat, poena ordinaria cessat. Imo, quousque de primo asserto fides judici nondum facta est, minus recte ad inquisitionem progreditur.

## Aphor. VI.

CONDICTIO FVRTIVA) Quam eam ob caussam introduxerunt Romani, quia res furtiva interire poterat, & rei vindicatio deficere §. *XXVI. J. de Rer. divis.* Itaque cum in locum rei vindicationis successerit, dominus esse debet, qui ea

ea utitur *L. I. de Condict. furt.* Ex parte ejus autem, contra quem instituitur, nil interest, sive ipse furtum commiserit, sive opem solum tulerit, & consilium speciale dederit. Nam & hic pro fure habetur *L. LIII. §. II. de verb. signific.* Quod autem contra heredes detur, id inde est, quia actio immediate ex lege oritur *L. VII. §. II. L. IX. D. Eod.*

## Aphor. VII.

QVOD NIHILOMINVS) Et recte, cum, ut diximus, obligatio non ex delicto, sed ex lege sit. Et possunt omnino casus existere, in quibus felici successu hac condictione utimur. Quamvis enim plerumque fures non habeant, unde restituant, nec ideo pinguis eorum sit hereditas, experientia tamen docet, non furta solum committi ab hominibus, qui possessiones habent, sed etiam nonnulla furta ultimo supplicio affici, etiamsi quis restituere possit summam ablatam.

## Aphor. VIII.

INJVRIA EST) Injuria generatim id fieri dicitur, quod non jure fit. Sigillatim complectitur omne id, quod in alterius contumeliam suscipitur. Et hactenus nil interest, sive verbis ore prolatis, sive scriptura, sive factis, id est verberando, pulsando, habitum & gestum ad alterius invidiam componendo, imo & facto in se indifferenti, quod tamen alterius existimationem ex opinione hominum lædit, aliquem contumelia afficiamus, *L. I. §. I. sqq. L. V. pr. & §. I. L. IX.*

*IX. pr. L. XV. §. I. §. XVI. XX. XXII. XXVII. D. de injur.* Imo etiam non facto injuria committi poteſt, quatenus quis alteri reverentiam debet, quamvis vix caſus exiſtat, ut a non facto ipſum factum abſit, cum ex ſolo non facto vix injuria evincatur, niſi factum ſimul acceſſerit.

## Aphor. IX.

Animo injuriandi) Isque regulariter non præſumitur. Probe tamen diſtinguendi ſunt caſus. Aut quis verba vel facta in ſe injurioſa profert, aut verbis vel factis utitur ambiguæ interpretationis. Hoc in caſu, quia omnis præſumtio eſt delicti excluſiva, animus injuriandi probandus eſt, ab eo, qui ſibi injuriam illatam aſſerit. Illo autem in caſu animus injuriandi ſemper præſumitur *L. V. C. de injur.* nec excludit hanc præſumtionem provocatio ad auctorem Finckelthaus *Obſerv. LXXIII.* nec exceptio veritatis Wernher. *P. I. Obſ. CCCIV.* nec conditionata locutio, ſive in præteritum, ſive in futurum concepta ſit Ludovici *Doctr. Pand. ad tit. de injur. §. V.* Excluditur tamen præſumtio, ſi ille injuria afficit, qui in defenſione eſt conſtitutus, & qui jus habet corrigendi vel emendandi *L. XV.* §. *XXXIX. de injur. L. V.* §. *III. in fin. D. ad L. Aquil.* quousque limites a lege præſcriptos ſervant. *L. XXXII. D. de injur.* Recess. Imper. *de anno 1530. §. LV. & de anno 1542.* §. *XLI.* Quo in caſu & contra magiſtratum, & contra ſacerdotem actio injuriarum locum habere poteſt. Conf. Menckenii *Diſſ. de probat. animi inferend. injur.*

Aph.

## Aphor. X.

Ex L. Cornelia) Ex qua tamen illæ solum vindicari poterant injuriæ, quando quis se pulsatum, vel verberatum, vel domum suam vi introitam esse dicebat §. *VIII. J. de injur.* Et extra hos casus criminaliter agere quem potuisse, valde dubito, cum præter actionem æstimatoriam ex jure Prætorio, quæ civilis erat, & actionem ex L. Cornelia, quæ criminalis erat, Romani remedium injurias vindicandi aliud plane ignorarunt.

## Aphor. XI.

Vel civiliter vel criminaliter) Et hodie quidem de omni injuria non elective solum, sed etiam cumulative. Quatenus vero de puniendo injuriante judicem imploramus, nullum ex poena in nos redundat emolumentum. Imo & integrum est judici, ex officio poenam decernere. Civiliter vero varia ratione agere possumus, ut satisfaciat nobis injurians. Plerisque in locis toleratur adhuc actio æstimatoria ex Jure Romano, quæ injurias æstimare permittit, salvo judicis arbitrio, qui ad personarum qualitatem, ad locum, ad tempus injuriæ respicit. Ob injurias atrocissimas agere possumus ad recantationem sive palinodiam, quæ famam injuriantis lædit. Agimus etiam ob leviores injurias ad deprecationem & declarationem honoris. Has omnes actiones dicimus rei persecutorias, credimusque, famam per injuriam illatam quasi ablatam quasi restitui. Sed certe, qui æstimatoria utitur, famæ parum

parum consulit, cum animi omnino levis indicium sit, existimationem habere venalem. Et, si actiones civiles generatim respiciamus, a scopo longe aberrant, qui famam his ipsis sibi restitui putant. Aut enim re ipsa amiserunt existimationem, aut non amiserunt. Si illud, privatus eam nullo modo restituere potest. Si hoc, non opus est, ut de restitutione ejus solliciti simus. Imo & cum charactere Christiani pugnat, vindicare injurias. Præstaret itaque, rem omnem arbitrio judicis relinquere, quam inani lite, & homini rationali & Christiano indigna, tempus insumere, & vindictam meram spirare. Confer. BÖHMERI *Diss. de iniquit. & injust. action. injur.*

## Aphor. XIV.

RETORSIO INJURIARUM) Hoc remedium, uti in jure nostro non nisi his observatis limitibus toleratur, 1) ut respondeat injuriæ illatæ, nec retorquens modum excedat, 2) ut fiat extrajudicialiter 3) vel in continenti, quando injuriatus præsens est, & injuriam audit, vel eo ipso momento, quo rescivit absens, sibi injuriam esse illatam, ità in se spectatum ab impietatis nota vix liberari poterit, & præterea neque in ulla lege præsidium habet, neque Christianum decet, neque litem ob injurias facile præcavet. Ergo merito esset explodendum.

## Aphor. XV.

REALES INJURIAS) Sed distinguit WERNHER. *P. I. Obs. LVI.* injurias reales, quarum coërcitio ad judicem inferiorem pertinet, ab iis, quæ ad

ad cognitionem ſuperioris judicis ſpectant. Ibi præſcriptionem annalem admittit, non hic. Quod etiam ratione non caret, ſi Saxoniam ſpectes, cum, injurias reales leviores præſcriptioni annali ſubeſſe, expreſſe loquatur CONST. EL. *XVI. P. IV.*

SEU TACITA) Quæ colligitur ex familiari converſatione, quia rancor animi cum amoris integri præſtatione conſiſtere nequit. Atque inde tam firmum pro remiſſione oritur argumentum, ut nec audiendus ſit ille, qui prætegit, & jurejurando confirmare vult, ſe animum remittendi non habuiſſe WERNHER *P. I. Obſ. CXXXVII.* Sed eheu, quæ improbitas hominum non quærit effugia, ne noceat actioni injuriarum officium amoris. Diſtinguunt, utrum ſponte, an neceſſitate officii injuriatus cum injuriante converſatus ſit. Conſervant actionem proteſtatione, ſe nolle remittere. Imo, ne vel ſacræ Euchariſtiæ uſus injuriati jus excludat, animam reconciliabilem adeſſe poſſe putant, etiamſi vindictam cogitet actione civili perſequendam. Parumque abeſt, ne ſimul negent, deprecationem publicam, quam ægrotans per ſacerdotem ex ſuggeſtu recitandam curat, actioni injuriarum obeſſe.

## Aphor. XVI.

SCRIPTO) Differt tamen ab injuria ſcripta, quæ ſatyram fere ſolum continet, cum libellus famoſus delictum objiciat alteri diſſimulato nomine. Hoc vero ſi fiat, nil intereſt, ſive ſcriptus, ſive pictus, ſive typis expreſſus ſit. add. BRUNQUELLI *Diſſ. de pictura famoſa.*

Aph.

## Aphor. XVII.

Judicio publico) Quo quidem hodie ob quasvis injurias uti licet, cum ad officium judicis spectet, ut existimationem civium contra aliorum injuriam salvam præstet. Hoc tamen in libello famoso singulare est, quod cognitio ejus vel ideo judicis solum criminalis sit, quia delictum continet inquisitione dignum, & poena corporis afflictiva sequi possit. Eodem modo, quod obiter moneo, publico etiam judicio procedimus contra eum, qui sacerdoti sacra administranti injurias infert, cum ultimum supplicium locum sibi vindicet, si hæc conjunctim concurrant, ut 1) injuria non verbalis, sed realis, 2) in loco Ecclesiæ, 3) eo tempore, quo sacerdos sacra pertractat, facta sit, & 4) sacra per eam turbentur Stryck. *Us. Mod. D. tit. de injur. §. XXV.*

## Aphor. XIX.

Diminuitur aut laeditur) Requiritur itaque, ut damnum injuria datum poenam mereatur I) damnum extra contractum contingens, cum damnum ex contractu oriundum actione ex contractu persequamur, II) damnum positivum per corruptionem rei, *L. XXXIII. ad L. Aquil.* Quo nomine a damno per alia delicta dato satis distinguitur III) damnum dolo vel culpa datum *L. V. §. I. Eod.* etiamsi culpa levissima sit, & in omittendo consistat *L. XXVII §. IX. L. XLIV. sq. Eod.* IV.) damnum in re datum, quæ æstimationem recipit.

Aph.

## Aphor. XX.

PER L. AQVILIAM ) Eaque primo capite mnum in re animata peremta datum ita coerbat, ut lædens solveret æstimationem, quanti res tra annum plurimi fuerat. Tertio capite omne liquum damnum complectebatur, idque ita re:ciri jubebat, ut res veniret pretio, quo fuerat tra 30. dies proximos *pr. & §. XIII. J. ad L. quil.* Quæ summa fuerit secundi capitis, JCti norant. Varias tamen conjecturas proferunt OODT. *Tr. de Lege Aquil.* FREHERVS *in Parg. Lib. II. cap. III.* HVBER. *Prælect. ad J. tit. L. Aquil. §. VI.* BYNCKERSHOECK. *Observ. ib. II. cap. XIII.* Verum hodie hæc actio, quanus ex Lege Aquilia, & poenalis privata est, non ıbet locum. Sed nos sequimur magis dispositionem Juris Canonici, quod generatim veram daıni æstimationem, salvo judicis arbitrio, spectare ıbet, eoque nomine heredes etiam, ut ex hereditte damnum a defuncto datum restituant, obliat *c. fin. X. de sepult. c. V. X. de raptor.* Mobus præterea non damni solum dati, sed & lucri ıtercepti habetur ratio, quod jure Romano denuo :cus *L. XIII. §. II. de usufr.* Cæterum judicis l, ut lædentem puniat. Ut sic hæc actio ab a:ione L. Aquil. toto cœlo differat. Quod late doet THOMASIVS *in Diss. qua L. Aquilia Larvam* etrahit.

## Aphor. XXI.

IN QVADRVPLVM DABATVR ACTIO) Cui mplum hac ratione inerat. Quod ipsum aperte

docet, gravius delictum Romanis furtum fuisse rapina, cum actio furti in quadruplum non excluderet, existimarentque Romani principiis Stoicis innutriti, eum magis poena dignum esse, qui vi sibi aliquid extorqueri pateretur, quam eum, qui raperet.

CRIMINALE JUDICIUM OBTINET) Hodie itaque, qui vi adhibita res auferunt, & quidem in domo læsi, furtum qualificatum committunt, de quo supra jam vidimus. Qui in via publica, & quidem simpliciter per vim rapiunt, capite plectuntur, & corpus rotæ imponitur. Cujus dispositionis unica ratio inde desumitur, quia quam maxime præcavendum est, ne securitas publica lædatur. Ob hanc itaque læsam magis, quam ob rei ablationem, punitur delinquens. Indeque est, ut unice ad animum delinquentis, non vero ad effectum, non ad quantitatem ablatam, non ad restitutionem rei ablatæ, non ad id respiciamus, utrum una an reiterata vice quis rapinam exercuerit CARPZOV. *Pr. Crim. qu. XC.* Si vero grassator publicus cum rapina cumulet homicidium, in latrocinii crimen incidit, & vivus rota contunditur, imo, si delictum sæpius reiteratum sit, forcipibus candentibus prehenditur.

## Tit. XXIV.

## De extraordinariis criminibus.

### Aphor. I.

EXTRAORDINARIA CRIMINA) Videtur hæc species delictorum intermedia inter publica & privata delicta fuisse *L. VIII. de publ.*

*ubl. judic. L. XIII. de poen.* Ut tamen de re ncerta id dicamus, quod probabile eſt, triplici orſan ex cauſa ita ſunt nominata, I) quod poena ion certa lege & SCto ſtatuta, ſed moribus ma;is & interpretationibus prudentum introducta uerit, II) quod peculiaris magiſtratus non eſſet, ui perveſtigatio horum criminum committeretur, ed potius alicui extra ordinem officium daretur, ui nomen quæſitoris vel quæſtoris haberet, III) uod proceſſus ſolennis ceſſaret. Inde facile aparet, propriam Romanis hanc diſtinctionem fuſſe. Et vereor omnino, ne ejus applicatio ad notra fora inutilis ſit. Proceſſus enim criminalis itrobique eſt idem, poenaque omnis legitima eſt. Quodſi vero dicere velles, delicta ordinaria certam k determinatam habere poenam, extraordinaria rbitrariam, non multum quidem refragabor. Sed k hoc moneam neceſſe eſt, in applicatione nulam fere poenam certam eſſe, ſed pro circumſtaniarum varietate mox duram, mox levem. Nam k delicta, in quæ ultimum ſupplicium ſtatutum ſt, ſæpius, ſi formalia deſint, extra ordinem, id ſt, arbitrarie puniuntur, & delicta, quorum poeiam lex certo non determinavit, ſed arbitrio julicis reliquit, pro re nata etiam ultimum ſuppliciam admittere poſſunt.

## Aphor. II.

Abactio partus) Quæ olim apud Romaios vel ideo non adeo ſevere punita, quia, ut alibi liximus, embrionem non pro animali, ſed pro parte viſcerum maternorum, habebant Meril-

LIVS *Obſ. Lib. I. cap. XVI.* Poſtea poena ultimi ſupplicii in eum ſtatuta, qui abortionis poculum dediſſet *L. XXXVIII. §. V. D. de poen.* add. NOODTII *Julium Paulum.* Nemeſis Carolina morte damnat abortum, eademque poena ſubjicit eum, qui dolo marem vel foeminam ad generandum reddidit impotentem *C. C. C. art. CXXIII.* Moribus, adhibita diſtinctione, mox ultimum ſupplicium, mox poena arbitraria dictitatur.

EXPOSITIO INFANTIS) Quam denuo Romani vix poena dignam judicarunt, cum tanta Patria eorum poteſtas eſſet efficaciæ, ut ſtatuere posſet pater, utrum ſervare vellet liberos, an necare, utrum ſibi retinere, an exponere NOODT *in Julio Paul.* & BYNCKERSHOECK *de jure occidendi liberos.* Noſtrum Jus recte hoc delictum punit, & quidem, ſi periculoſe expoſitus infans, ut facile perire potuerit, reque ipſa perierit, ultimo ſupplicio, alias extra ordinem *C. C. C. art. CXXXII.* Eaque occaſione in genere præmoneo, in Jurisprudentia Criminali parum prodeſſe Jus Romanum, ſed omne de poenis argumentum ex ipſo magis Jure Germanico univerſali & ſpeciali, Nemeſi nimirum Carolina & legibus provincialibus hauriendum eſt. Conf. LUDOVICI *Præfat. ad Conſt. Crimin. Carol.*

## Aphor. IV.

QUI COLLUDIT CUM REO) Id eſt, qui ab accuſatione publica, facta corruptione, deſiſtit, & tranſigit. Et hunc ſequebatur poena plerumque talionis, ad quam ſe per inſcriptionem in librum

ac-

:usationis obligaverat. Ipse vero reus pro con-:to habebatur, si a causa sanguinis discesseris *L. VIII. C. de transact.*

POENA EST ARBITRARIA) Quando reci-:entes cum recepto societatem criminis non con-ixerunt. Alias poena quoque ordinaria furti, , si raptorem socium recipiunt, poena in rapto-; ipsos statuta locum habet, vid. *L. un. C. de rapt. rgin.* Non tamen cum receptione confunden- occultatio delinquentium, quæ ab affinibus & gnatis misericordia ductis fit. Distinguenda am est a sola reticentia criminis, cum ad revelatio-m obligatio non adsit, nisi in delictis atrocissi-is, & in iis, qui officii causa deferre debent cri-ina. Nam & iis in casibus, ubi occultatio & ticentia puniri potest, mitior tamen poena, quam iæ in receptatores statuta est, locum habet *L. II. . de recept. L. XLVIII. §. I. de furt.*

EFFRACTVRA INPRIMIS CARCERIS) Ef-actio vel in se considerari potest, vel quatenus m alio delicto concurrit v. c. ob furtum facien-im, ob stuprum vel adulterium perpetrandum. oc in casu delictum ipsum reddit qualificatum, & aviorem ordinaria poenam producit. Quo no-ine etiam effractio carceris, quæ fit per seditio-:m, ultimum mereri potest supplicium. Nam c ipsum delictum magis, cui effractio accessit, iam effractio punitur. Quod autem effractio-:m carceris attinet, quatenus a reo peragitur, illa :r se vix punitur, gravat vero reum de delicto, ɔ quod incarceratus est. Quatenus vero com-

 men-

mentariensis ad effractionem concurrit, sive dolo, sive culpa, poena arbitraria, quae ad corporis afflictivam excrescere potest, dictari solet *C. C. C. art. CLXXX.*

STELLIONATUS) Quod non peculiare crimen est, sed nomen aliquod subsidiarium, ad varias imposturas & nequitias, quibus extra contractum aliquem decipimus, applicabile, si in crimen nominatum non incidunt. Ut sic, quod in civilibus actio de dolo praestat, in criminalibus stellionatus prosecutio sit *L. III. §. I. Stellion.* Exempla vide in *L. III. §. I. Eod. L. XVI. §. I. de pignor. act. L. XLIII. §. III. de furt.*

TERMINI MOTIO) Quam Romani judicabant capitalem, cum terminum Deum colerent, cui dies festi essent decreti, vid. ULRICI OBRECHTI *Diss. de termin. Deo.* Hodie interest, ut distinguamus terminos publicos a terminis privatis. Et ibi quidem, prouti sunt vel compascuales, vel jurisdictionales, vel territoriales, poena variat. Nec dubium, quin & capitis poena locum habere possit, si terminus territorialis motus sit eo fine, ut lites inter vicinos Principes oriantur.

ILLICITI CONVENTUS) Quamvis enim associatio hominum ad certum finem in se nil mali habeat; Facile tamen in perniciem Reipublicae vergit, cum occasionem seditioni & turbis praebeat. Noluerunt igitur Imperantes ejusmodi consociationes absque approbatione superioris pro licitis habere *L. I. pr. L. III. §. I. D. de Colleg. L. I. in fin. D. de offic. Praefect.* Nec eatenus aliquid

id intereit, etiamsi religionis & pietatis causa ha-
intur, cum publica auctoritate jam constituta
apla, ut Deum unanimi corde & ore colere pos-
ius. Ipsa poena consociationum variat, pro
e, quem habent propositum.

## Aphor. VI.

HODIE ACCOMMODATVR) Quæ tamen
n, quem Romæ producebat, hodie nequit pro-
cere effectum. Datur enim ob corruptionem,
æ quoad animum facta est, eaque olim quidem
servo, qui ipse res æstimabilis erat, recipiebat
:imationem, sed hodie eadem ipsa in hominem
erum non cadit. Præstat igitur, magistratui
n denunciare, ut puniat corruptorem. Quodsi
ro per corruptionem verum damnum contigerit,
tio ad interesse omnino habebit locum, & pot-
etiam denuncians denunciationi ratione da-
ni adhærere, vid. SCHILTER. *Ex. XXI. th.*
*VII.* add. BÖHMER. *de action. Sect. II. cap. I.*
*XLIX. sqq.*

## Tit. XXV.

## De Criminibus popularibus.

ACtiones populares frequentissimæ erant, &
locum sibi vindicabant non in causis civili-
bus solum, sed & criminalibus, quæ publi-
› judicio persequi non solebant Romani, ubi ta-
ıen Reipublicæ intererat, aliquid fieri vel non fie-
. Non itaque in gratiam læsi erant inventæ,
ım, ubi jam ex delicto quis læsus esset, huic po-
us actio daretur, sed cuivis potius ex populo fa-

 culta-

cultatem dabant, rem deferendi. Quod, ut citius fieret, ipſam poenam pecuniariam in delictum ſtatutam lucro deferentis cedere decernebant Romani *L. III. & V. D. de his, qui effuderint.* Nonnunquam tamen delatio & accuſatio nullum delatori afferebat emolumentum. Quo nomine Romani actiones populares a quaſi popularibus diſtinguebant. Sed enim vero facile patet, omnem hanc diſtinctionem deſumtam eſſe a modo procedendi in judiciis Roman. uſitato. Qui, cum hodie omnino diverſus ſit, omnem quoque diſtinctionis uſum ceſſare facit.

## Tit. XXVI.
## De Quaſi-Delictis.

Quaſi delicta præſupponunt legem præceptivam poenalem, quæ ad faciendum obligat, iisque, qui officium negligenter gerunt, culpaque ſua damnum aliquod etiam per tertium exiſtere faciunt, & damni reſtitutionem & poenam minatur. Cujus effectus is eſt, ut, qui negligens fuit, etiam de facto tertii illicito, quod præcavere debebat, læſo reſpondere, &, ſi damnum aliquod inde ſentiat, de ejus reſtitutione cum lædente agere debeat. Sic imputatur nautæ, cauponi, ſtabulario, damnum a familia datum, quia magis fideles eligere debebat. Sic inhabitatori ædium damnum ab inquilino datum, imo adhuc infectum imputatur, quia in recipiendo inquilino minus circumſpecte verſatus eſt. Salva tamen eſt electio læſis, utrum cum lædente ex vero delicto agere velint.

Aph.

## Aphor. III.

VEL ALITER NOCVERIT) Modo itaque amnum reipsa datum sit, ab inquilino, quod æ-imationem recipit, actio datur contra inhabita-orem, qui eam partem inhabitat, unde effusum el dejectum est. *L. V. pr. de his, qui effud.* mo-o I) dejectio vel effussio facta sit in loco, ubi ulgo iter fit *L. I. §. II. Eod.* II) præmonitio ejicientis desit. Temporis ratio, ut habeatur, vix st necesse, cum & nocturno tempore honesti viri æpius negotiorum causa ambulare debeant. Hoc amen hic generatim moneam, necesse est, has & imiles actiones, quatenus simul poenam ex facto ertii minantur, hodie usum non habere, sed necesse st, ut poena teneat auctorem, cumprimis, quia ho-lie actor ex poena emolumentum habere nequit, & ıbique solum ad reparandum vel avertendum da-nnum agere potest.

## Aphor. V.

SOLIVS ACCIPIENTIS TVRPE) Requiritur taque hoc loco, aliquem quid accipere ex causa, juæ contra regulas honesti & decori est *L. XLII, de verbor. signif.* ex qua accipere lex disertis ver-bis vetat. Nam neque sola legis prohibitio sufficit, neque hoc solum, quod quid indecorum sit, ut condictio locum habeat. Sic fiebat, ut, quod meretrici olim datum esset, non repetere-tur, quia meretriciam vitam agere, indecorum qui-dem *L. XXXVIII. de oper. libert.* non vero pro-hibitum erat *L. XLIII. D de Rit. nupt. L. XXIX. C. ad L. Jul. de adulter.* Hodie & hoc in casu

adeſt p o ibitio, ſed, quia in tali negotio non ſola accip entis, ſed utriusque potius turpitudo verſatur, ceſſat repetitio, & uterque poenam ſubit *L. III. & VIII. D. de cond. ob turp. cauſ. L. IX. in fin. de jur. fiſc. L. XXXII. §. fin. D. de donat. inter vir. & uxor.*

## Aphor. VI.

Aleae lvsvm) Romani ludos ſolum virtutis tolerabant *L. II. de aleat.* reliquos omnes, ſive fortunæ ſive artis eſſent, damnabant *L. fin. C. Eod.* Quod tamen indiſtincte tolerari nequit. Si enim a ludis obſcoenis, honeſtati contrariis, & iis diſceſſeris, quibus temporalem felicitatem committimus, ludi ne moraliter quidem poſſunt eſſe prohibiti, quia tempus, quo animus reficitur, haut perditur, nec, modicæ pecuniæ periculo recreationem emere, detrimentum eſt. Et reipſa ludi ſunt donationes ſub modo. Quare hoc ſolum a legislatoribus noſtris fieri videmus, ut ludos damnent, qui a mera fortuna dependent, & nequitias admittunt, reliquos, maxime ſi artis ſint, tolerent, & certam pecuniæ ſummam periculo exponere permittant, ea intentione, ut id ſolum, quod ſummam excedit, peti nequeat, datum vero repeti poſſit. Sed, ne quid diſſimulem, condictionem ejus, quod ludo perditum eſt, plerumque ceſſare videmus, imo & transactionem aut cambium tanquam media intervenire, quibus exactio conſervetur, non dubito tamen, quin ex ejusmodi transactione vel cambio ad ſolutionem condemnatus, ipſam exceptionem pecuniæ ludo perditæ in ſeparatam actionem vel

l reconventionem deducere possit. vid. quæ di- in *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. I. Ex. I. §. XV. seqq.*

## Aphor. VII.

Ex syndicatu) Quæ tamen hodie plerumte inanis erit, partim ob præsumtionem bonita-, quæ pro judice militat, partim, quia læsus omi- remedia suspensiva, quibus uti debebat, ne senntia in rem judicatam transiret, vid. Thomai *Diss. de judice imperite judicante.*

# Tit. XXVII.

# De Noxalibus actionibus.

## Aphor. I.

Hodie nullus est usus) Apud Romanos, quia servus rebus annumerabatur, & æstimationem recipiebat, actio noxalis optimo nitebatur fundamento. Nam Juri Naturali connit, ut damnum resarciatur, quod cum fieri a re on possit, ex ipsius rei appropriatione indemnitem sibi quærere, cum principiis juris universa- non pugnat. Dominus igitur, qui rem amitre novult, ipse solvat. Indeque electionem habet, rum solvere, an rem noxæ dare velit *L. VI. §. I. de re judic.* Sic vero nil interest, ubi servus periatur, siquidem noxa caput sequitur. Interim præsupponitur delictum privatum ignoran- domino commissum *L. II. pr. de noxal. act.* b delictum publicum servus ipse accusatur & puitur. Si ad delictum dominus concurrit, cona hunc datur actio. Quod hodie etiam fieri pos-

ſe res evicta eſt. Alias extra hunc caſum, ſemper ſervus obligatur, etiamſi in negotio a domino commiſſo deliquerit *L. XI. de peric. & commod. rei vend. L. XV. §. II. de publicanis.*

## Aphor II.

De pavperie) Quæ actio in eodem fundamento nititur ac prior. Indeque eſt, quod dominus ſe liberare poſſit per expulſionem animalis, modo cum effectu expellat, nec, quod alias permittit Schöpffer. *Synopſ. Pand. tit. ſi quadrup. pauper.* redeuntem beſtiam recipiat. Et hæc actio hodie omnino utilitatem habet, perindeque eſt, utrum animal contra naturam ſui generis, ſive ita, ut facere ſolebat, damnum dederit. Nam & actio de paſtu, quam in poſteriori caſu ſolum concedunt Romani, ad damni reparationem vel noxæ dationem tendit. Nec quicquam intereſt, ſive animal quadrupes ſive bipes ſit. Ut tamen I) manſuetum ſit, requiritur. Damnum a feroci animali datum ſimpliciter reſarciendum eſt. II) Nullius culpa accedere debet. Si ipſius domini, ille ſimpliciter tenetur, ſi tertii, contra hunc datur actio *L. I. §. VI. ſi quadrupes pauper.* Si ipſius læſi, ſibi imputare debet *L. I. §. XI. Eod.*

Pignorationi) Quam ſpeciem vindictæ privatæ eſſe, per ſe patet. Eademque ipſa jus abigendi canibus animal comprehendit, ſi hoc velox ſit, nec pignorari poſſit. Ut tamen licite fiat pignoratio, requiritur I) factam eam eſſe in loco, ubi damnum datum eſt, II) ipſum pignus judici tradi. Præſtat pignoratus I) reparationem damni

ni læso, 2) judici emendam sive poenam, & huc ;que jus retentionis exercetur. Sin contumax : pignoratus in redimendo pignore, pro quali- :t nocte contumaciam luit poena 4 grossor. Quæ ısa, si in tantum excrescit, ut æstimationem pi- noris exæquet, pignus in commissum cadere facit dd. *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. III. Ex.* '. *§. XXX.*

## Aphor. III.

De damno sibi caveatur) Hodie ju- ex his in casibus rem, quæ damnum minatur, o- ulis subjicere, & mandatis poenalibus, ut per re- ıarationem vel fulcimentum ruina & damnum vertatur, simul efficere solet. Sola enim cautio sæ- ıius non sufficit, ut satis tutus sit ille, qui damnum netuit, cum & ruina damnum irreparabile pro- lucere possit. Recte tamen iis in casibus cau- ionem urgemus, ubi non ex ruina aliarum ædium, ed ex opere, quod quis alias in suo jure facit, lamnum imminet, v. c si ex furno incendium netuimus, si quis fodiat in suo, ut paries meus tare non possit.

## Aphor. IV.

Opere manu facto) Non itaque, si a- quâ naturaliter noceat *L. I. §. XV. de aqu. & aqu. plav.* non, si opus destructum sit *L. I.* §. *XXII. Eod.* non, si ex accidenti forma fundi mu- tetur *L. II.* §. *VI. Eod.* Præterea requiritur, ut damnum positivum ex opere facto proveniat. Non itaque huc pertinet, si opus fiat, ne aqua prosit

profit *L. II. §. V. L. I. §. XI. D. Eod.* Denique requiritur, opus fieri alio fine, quam agri colendi causa *L. I. §. III. & XV. D. Eod.*

## Tit. XXVIII.
## De publicis judiciis.
### Aphor. I.

PUBLICA JUDICIA) Ex iis, quæ supra de delictis privatis præoccupavimus, quænam sit litera characteristica publicorum judiciorum, facile colligi potest. Versabantur enim judicia privata in meo & tuo, & læsus, vel ille, cujus intererat, interveniente actione poenam sibi proficuam persequebatur. Sed in publicis judiciis de satisfactione Reipublicæ præstanda, poenaque publica delinquenti infligenda, mediante accusatione, quilibet, qui volebat, sollicitus esse poterat. Eoque nomine publica judicia illa erant, in quæ lex publica *L. I. de publ. judic.* publicam poenam. Reip. solvendam, *L. III. §. II. Stellion.* prævio publico & solenni processu *L. VIII. de publ. judic.* infligendam statuerat. Sed, ut jam diximus, hodie omnia potius delicta publica sunt, nec privato ullum inde emolumentum oritur.

### Aphor. II.

NON AMPLIUS IN USU EST) Est tamen in usu ipsa adhuc accusatio. Quamvis enim Constit. Criminalis Carolina ad ductum juris Canonici & Ordinationis Criminalis Bambergensis inquisitorium magis processum, in quo judex ex officio delicta investigaret, stabiliverit, quod, quare factum sit, docet THOMASIUS *in Diss. de occas.*

*inten-*

*intentione & concept. Conſt. C. C.* non tamen ideo proceſſum accuſatorium ſuſtulit, ſed una cum inquiſitorio approbavit, regulasque, quas accuſator ſequeretur, ſuppeditavit, vid. *art. XI. XIII. XIV.* pluresque alios. Quæ tamen, cum duram admodum reddant accuſatoris privati conditionem, haut vanam ſuppeditant conjecturam, id intentione ſua egiſſe legislatorem, ut accuſationes privatæ ſenſim in deſuetudinem abirent. Quare nec hodie frequens earum eſt uſus. Eo major fere uſus accuſationum a perſona publica, eum in finem conſtituta, peragendarum, cum nulla fere provincia Germaniæ ſit, quæ accuſatores publicos neſciat, qui ex officio delicta deferunt, & ſalarium vel ex publico accipiunt vel ex ſportulis emolumentum capiunt. Imo de jure Communi ita ſæpius videmus proceſſum inquiſitorium cum accuſatorio miſceri, ut judex, ſimulac, inquiſitione generali peracta, cognoverit, delictum eſſe commiſſum, accuſatorem conſtituat, qui contra reum gravatum indiciis libellum accuſationis porrigat, & cum eo litem ad finem usque pertractet.

## Aphor. IV.

ET PER QVOS EA REGITVR) Formale igitur hujus criminis conſiſtit in eo, ut 1) aliquid ſuſcipiatur in Reipublicæ perniciem & ſalutis ac tranquillitatis publicæ turbationem tendens, vel ſileatur, quod ab aliis eum in finem committitur. Nam & ille fit perduellionis reus, qui ſcientiam criminis habet, nec tamen illud revelat, imo & ille, qui conatum ſolum admiſit *L. V. C. ad L. Jul.* ma-

*majeſt.* ZIEGLER. *de jur. majeſt. Lib. I. cap. II. §. XLVII. ſeqq.* Duplex enim officium eſt ſubditorum, primo, ne quid moliantur in Rempublicam, deinde, ut damnum avertant. Cumque hodie denunciare & indicia ſuppeditare ſufficiat, non eſt, cur denuncians, ſibi delationem fore moleſtam, timeat. Nec intereſt, ſive in Rempublicam ipſam immediate, ſive in vitam Principis, qui præeſt Reipublicæ, ſive in eos, per quos imperans Rempublicam tuetur, quid meditetur perduellis, *d. L. V. C. ad L. Jul. majeſt.* AVR. BVLLA *cap. XXIV.* modo meditetur everſionem Reipublicæ II) ut perduellis ſit ſubditus vel incola, CLEMENT. *paſtoralis II. de re judic.* etiamſi exilio ex patria expulſus, cum, ceſſantibus licet officiis ſpecialibus civis, non tamen ceſſent obligationes generales ſubditi ZIEGLER. *d. l. §. XLIV.*

## Aphor. VI.

AD CONTVMELIAM PRINCIPIS) Quod generatim fit, quando quis proprio auſu jura majeſtatica uſurpat. Id tamen intelligas velim, de juribus, quæ majeſtati ita cohærent, ut ſalva ea abeſſe nequeant, non de iis, quæ improprie regalia dicimus, quæque Principes ex diuturno & quieto uſu cum excluſione ſubditorum ſua fecerunt.

ARBITRARIA POENA) Lex quidem allegata eum, qui Principi maledixit, impune dimitti jubet, dum ſtatuit, maledictionem, quæ ex levitate fit, contemnendam, quæ ex inſania, commiſeratione dignam, quæ ex injuria, remittendam eſſe. Sed hodie hac lege non utimur. Id tamen a Prin-

rincipibus quibusdam ſtatutum deprehendimus, t judex prius, quam in hoc crimen inquirat, ad rincipem referat, ejusque juſſum expectet.

## Aphor. VII.

Haec alia est ) Imo potius blasphemia eſt el immediata, quando vel exiſtentiæ vel attributis Numinis divini, quod religioſe columus, derahimus, vel mediata, quando, quod alias ex principiis religionis, quam profitemur, venerari debenus, contemnimus, & profana ratione de eo loquimur. Igitur, utrum blasphemia adſit, in foro externo punienda, ex principiis cujuscunque religionis dijudicandum eſt. Non tamen alia, quam prior ſpecies capitalis eſt.

## Aphor. VIII.

Est arbitraria ) Diſtinguenda ſunt perjuria extemporanea a præmeditatis, ab initio commiſſa ab iis, quæ ex intervallo fiunt. Extemporanea plerumque impunita manent. Præmeditata puniuntur, & quidem ea, quæ ab initio talia ſunt, ſi lucri cauſa in judicio fiunt, ut & violationem urphedæ abſciſſione digitorum puniri jubet Nemeſis Carolina. Sed hanc poenam mores in poſteriori ſolum ſpecie ſervant. Reliqua perjuria arbitraria puniunt. In duobus tamen caſibus perjurium ultimo ſupplicio afficitur. I) Si præmeditato conſilio quis perjurio effecit, ut innocens vitam amitteret. II) Si urphedam tertia vice violat Carpzov. *Qu. Crim. XLVI.*

## Aphor. IX.

Magiam quadruplicis generis ſtatuunt I) Con-

 jun-

junctam cum pacto expresso cum diabolo II) Conjunctam cum foeda commixtione cum diabolo. III) Si incantationibus alicui damnum illatum. IV) Si incantationibus & superstitiosis rebus quis absque alterius damno studet. Tres priores species capitali poena subjiciebant olim nostrates, forsan auctoritate Juris Canonici, quod hæreticos & apostatas igni tradit. Sed experientia docuit, duas priores species plerumque in figmentum abiisse, hominesque vel somniis, vel melancholia, vel aliis causis seductos esse, ut pacta & commixtiones cum Diabolo sibi imaginarentur. Quare judicis est, ut caute procedat, ubi de tali delicto sermo est, & prius medica, quam juridica remedia ad malum extirpandum adhibeat. Cæterum justam omnino poenam luunt non illi solum, qui aliis nocent improbis artibus, sanitatemque & vitam, ut & facultates eorum periculo exponunt, sed illi etiam, qui res superstitiosas tractant, & dignitati atque gloriæ Dei detrahunt.

## Aphor. XII.

AVT IN VXOREM DVCERE) Ita ut jus eligendi sit penes stupratorem, non penes stupratam, quippe quæ illud jus stupratori nulla ratione adimere potest. Sic dotem non accipit, si nuptias renuit, si ab eo stuprum patitur sciens, cum quo matrimonium contrahere nequit WERNHER. *P. IV. Obs. CXLIV.* si pendente lite alii nupserit IDEM *P. VIII. Obs. CCXII.* imo & infans, si ante condemnationem stupratoris moriatur stuprata, dotem petere nequit IDEM *P. VI. Obs. CCCXXX.*

Præ-

Præterea onus dotandi cessat, si vel meretricis instar corpore quæstum fecit, vel ipsa stupratorem seduxit. Onus vero alendi infantem citra omnem distinctionem stupratori incumbit, modo, eum stupratorem esse, constet.

## Aphor. XIII.

PER VIM STVPRVM) Generatim stuprum violentum committitur in non consentientem, ut sic nil intersit, sive refractaria per vim externam comprimatur, sive non refractaria, quæ tamen juris intellectu consentire plane nequit, v. c. infans, stuprum patiatur. Cum impubere vel demente non refractaria stuprum violentum non committitur. Quia tamen juris intellectu nondum plene & cum effectu consentire potest, stuprator graviorem ordinaria poenam in se provocat. Cæterum stuprata, quæ vel refragatur, vel juris intellectu plane non consentit, poenam non luit, modo in priori casu probet, vim externam se esse passam. Et in urbe quidem stuprata, nisi cum clamore testificata sit, sibi vim fieri, idque probet, vel statim judicem adeat, præsumtionem consensus excitat. Idem juris est, si in agro vel locis remotis stuprata domum rediens se violatam non statim conqueritur.

## Aphor. XVI.

ADVLTERIVM) Idque de jure Civili consistebat in violatione thori alieni, sive concubitu cum aliena uxore, ut sic non nisi in nuptam committeretur, maritus vero cum soluta concumbens stu-

prum solummodo perpetraret *L. VI. §. I. L. XIII. §. I. sq. L. XXXIV. §. I. ad L. Jul. de adulter.* Verum cum indoli matrimonii conveniat, ut fides conjugalis reciproca sit, rectius nostri formale adulterii collocant in violatione fidei conjugalis dolosa, & sic uterque conjugum adulterium committere potest. Ut autem, ubi de puniendo crimine sermo est, conatus delinquendi ab ipso delicto distinguendus est, ita & in delictis carnis ad eum effectum, ut poena ordinaria locum habeat, ubique respicere debemus, an delictum sit consummatum, quod hic sigillatim fit per immissionem seminis in vas foemellœ, cum qua coimus. De hac itaque, ut certo constet, omnino requiritur. Qua occasione non convenit inter Doctores, an unius partis confessio sufficiat, ut corpus delicti certum sit, & confessus poenam ordinariam subeat. Non tamen dubitant JCti Jenenses, quin confessum, etiamsi alterius socii criminis confessio desit, condemnent, si modo aliunde de adulterio commisso simul constet. Nec video, quid huic sententiæ cum effectu objici possit, cum omnis confessio qualificata confitentem oneret. Per se tamen patet, unius confessionem solam per se alteri nocere non posse, nisi sub tormentis facta sit. Imo ne tum quidem plene convincit, sed præsumtionem solum urgentem operatur veritatis, quæ torturæ etiam ex parte non confitentis locum facere potest.

## Aphor. XVII.

ACTIO CIVILIS) Quæ id habet singulare, ut ne-

necesse non sit, plenam adulterii commissi probationem suscipere, sed præsumtiones hic sufficiant *c. XII. X. de Præsumt.* & sollicitatio alienæ foeminæ, cum ea ratione fides conjugalis jam læsa, justaque causa adsit divertendi.

## Aphor. XIX.

MITIGATVR POENA ADVLTERII) Generatim, ut poena adulterii ordinaria locum habeat, hæc concurrant necesse est I) Fines matrimonii cum conjuge obtineri posse II) mutuam fidem ab altera conjuge exhiberi III) & nihilosecius eandem ab altera conjuge violari dolose, nec IV) injuriam a parte læsa remitti. Ad quæ capita casus in §o nominatos pluresque alios facile revocaveris.

QVOD DVPLICATVM VOCANT) Eaque remissio sive condonatio fit vel expresse, quando læsus judicialiter intercedit, seque injuriam remittere legitime declarat, atque eatenus nil interest, sive pure sive conditionate remittat. Quod ultimum quidem ex rationibus non contemnendis in dubium vocat WERNHERVS *P. III. Obs. XL.* sed in Praxi tamen contrariam opinionem locum habere fatetur *in Supplem. ad d. Obs. Vol. III. p. 764.* Eodem modo facta remissione cessat poena ordinaria, etiamsi pars lædens eam acceptare nolit CARPZOV. *Qu. Crim. CV. n. 126.* BERGER. *Elect. Pr. Crim. cap. II. membr. IV. §. I. n. 5. in fin.* Vel etiam fit tacite, quorsum pertinet, si pars læsa sciens lædentem in thorum iterum recipiat, vel etiam ante mortem de vindi-

canda injuria non conqueratur WERNHER. *P. II. Obs. CCCCLXIV.* Nec Jure Communi ulla in hoc argumento locum sibi inter adulterium simplex & duplicatum vindicat distinctio SCHILTER. *Ex. XLVII. §. XCII.* BERGER. *d. l. & Oec. Jur. p. 822. in fin.* Sed in utroque casu poena ordinaria cessat, non ex parte solum lædentis, sed etiam ex parte ejus, qui cum lædente carnalem copulam exercuit CARPZOV. *Qu. Crim. LV. n. 122. sqq.* WERNHER. *P. VIII. Obs. CCCCXLV.*

## Aphor. XX.

CONSUMMAT) Bigamiæ crimen ab adulterio non nisi specie differre, res ipsa docet. Formalem tamen rationem criminis Carolus V. in *art. CXXI.* posuit in ἱεϱολογίᾳ, & ideo gravius id ipsum adulterio esse crimen judicavit. Quod principiis quidem Canonici juris & doctrinæ de sacramento matrimonii convenit. Ex nostris autem principiis formale criminis non tam in violatione sacramenti, quod non agnoscimus, quam in violatione fidei conjugalis ponendum erat. Quapropter dubium non est, quin ea, quæ de adulterio cum puniendo, tum condonando, dicta sunt, recte huc applicentur. THOMASIUS *Diss. de crimine bigamiæ & de præscriptione bigamiæ.* Imo Juris prudentia Saxonica eatenus consentit, ut non benedictioni sacerdotali, sed copulæ carnali effectum ultimi supplicii tribuat CONST. ELECT. *XX. P. IV.* Quapropter, ut extra Saxoniam intercessio & remissio læsi recte poenam mitigat WERNHER. *P. I. Obs. CXXXIII.* ita & eam in Saxo-

Saxonia eundem effectum habere debere agnoscit *P. I. Obs. CLXXXIX. P. III. Obs. XCI.* Praeterea ex iisdem fundamentis crimini intra quinquennium praescribi, recte defenditur.

## Aphor. XXI.

CONJUNGI PROHIBITUS) Incestus poena, ceu ex exemplis subjectis apparet, semper arbitraria est, nisi primo commissus inter ascendentes & descendentes sanguine junctos, & secundo in reliquis casibus cum adulterio concurrat, ex moribus provinciae morte expiando. Tum enim ultimum supplicium locum habet. In poena arbitraria vero dictitanda incestum, qui in prohibitionem juris divini incidit, ab incestu, qui contra prohibitionem juris humani committitur, distinguere jubet Praxis, eo fine, ut posteriori in casu semper mitior poena adhibeatur.

## Aphor. XXV.

CAPITALIS) Haec, ut dictitari possit, adesse debent sequentia. I) Raptam esse personam honeste viventem. Raptus meretricis in crimen vis privatae solum incidit. II) Non consentientem. Nam vis praecise non requitur, sed sufficit persuasionibus inductam, ut consentiret, vel eam, quae juris intellectu consentire nequit, raptam esse. III) Ex loco in alium locum abductam. IV) Libidinis gratia. Haec si aderant, de jure civili ipse raptus poenam capitalem producebat, sive concubitus esset secutus, sive non, sive rapta postea consensisset, nec ne. Sed ex jure Canonico vi *cap. fin. X. de raptor.* poena mitigatur, si matrimonii causa

ſa raptum quis fecerit, ſi concubitus non ſecutus ſit, ubi fieri potuiſſet, ſi denique poſtea rapta in matrimonium conſentiat.

## Aphor. XXVII.

SODOMIA) Quæ triplex eſt, & conſiſtit in copula carnali, quæ fit vel contra naturam generis, vel contra naturam ſexus, vel contra ordinem a natura præſcriptum. Tertia ſpecies peccatillis plerumque annumeratur, & neque attentione neque poena judicatur digna. Secunda Romanis erat delictum extraordinarium. Hodie & ſecunda & prima ſpecies morte expiatur. Reliqui impudici actus arbitraria poena ſubſunt.

## Aphor. XXVII.

CONCUBINATUS) Hic Jure Moſaico & Romano hac diſtinctione toleratus, ut illo & veræ uxori concubinam ſuperinducere liceret, hoc concubinatum matrimonio addere prohibitum eſſet, nulla poena ſuberat, ſed intentione verum matrimonium erat, omneſque obligationes naturales producebat, effectu autem legali deſtituebatur, & neque concubinam uxorem legitimam, neque partum ex concubina ſuſceptum legitimum efficiebat. Ipſaque concubinatus Romanorum litera characteriſtica in eo quærenda erat, quod in concubinatu neque pacta dotalia, neque ſolennis in domum deductio interveniret. THOMASIUS *Diſſ. de concubinatu.* Sed hodie, cum Reip. interſit, ut omnia ordine fiant, & matrimonia certa atque legitima ſint, omnis viri & mulieris conjun-

junctio, absque solennitatibus a jure humano præscriptis peracta, illegitima & illicita est, poenaque arbitraria coercetur.

## Aphor. XXIX.

QVAESTVM SIBI FACIT) Quod formale est criminis, & eo effectu requiritur, ut poena ordinaria locum habere possit. Sin gratis fiat lenocinium, & in iis casibus, quæ alias ultimo supplicio afficiuntur, poena ordinaria cessat.

## Aphor. XXX.

DOLO OCCIDITVR) Omne homicidium, ut poena capitalis dictitari possit, prærequirit proæresin alteri nocendi instrumentis, ad perpetrandum homicidium aptis, extra casum necessariæ defensionis. Nam, qui damni irreparabilis causa, quod ab alio imminet, ad hujus internecionem progreditur, impunis est, si limites defensionis non excedat. Ut autem hi servati possint dici, adesse debent I) alterius aggressio, II) quam nos ipsi non provocavimus, III) ita comparata, ut damnum irreparabile vel vitæ vel bonorum inde immineat, quod IV) nulla ratione evitare possumus, nisi nos ipsos dare velimus præcipites. His concurrentibus neque necesse est, ut fugiamus, neque, ut prævenire nos alterum sinamus. Porro, qui casu interficit, impune dimittitur, ubi tamen semper respiciendum est prius, anne culpa aliqua casum præcesserit, quæ pro gradu negligentiæ arbitrarie coerceri solet. Quod autem nunc ad homicidium proæreticum attinet, illud est vel quali-

 lisi-

lificatum, vel simplex. Illud committitur, quando quis in vitam alterius directo, eaque intentione, aliquid molitur, ut mors sequatur, idque etiam insidiosum solemus vocare homicidium. Ejusque species sunt latrocinium, assassinium, veneficium, parricidium, pluraque alia crimina. Simplex homicidium est, quando quis non ea quidem intentione, ut alterum interficiat, animo tamen illi ejusmodi instrumentis, ex quibus mors sequi potest, nocendi, cum eo congreditur, & mors ex læsione sequatur. Sic vero, ut poena mortis applicari possit, tria requiruntur. I) animus nocendi per instrumenta lethifera, II) læsio subsecuta, ex qua III) mors provenerit. Si vero genus armorum tale reperiatur, ex quibus mors sequi potuit, morsque secuta sit ex læsione, animus occidendi præsumitur, & homicidii reus vel eum probatione contraria elidere, vel poenam mortis subire debet. Invaluit autem præterea, ut inquirant prius judices, utrum ex læsione mors secuta sit. Quod in se non improbo, quatenus res dubia est. Si tamen mors statim & in continenti sequatur læsionem, supervacuam, existimarem, hanc esse pervestigationem.

## Aphor. XXXIV.

MORTEM SIBI CONSCIVERIT) Reliquam omnem autochiriam, vel ex tædio vitæ, vel ex impatientia doloris, vel jactationis etiam causa susceptam, Romani principiis Stoicorum innutriti delictis non annumerabant. *L. III. §. VI. D. de bon. eor. qui ante sentent.* Hodie ex principiis Chri-

Chriſtianæ religionis autochiriam tolerare non poſſumus, deliberato animo ſuſceptam. Ceſſat tamen publicatio bonorum, & in cadaver potius animadvertere ſolemus, pro circumſtantiarum varietate, mox gravius, mox mitius.

## Aphor. XXXVI.

SEV GLADIVS) Quod autem hoc in delicto mandans mitius puniatur mandatario, id inde eſt, quia major dolus in cauſa Phyſica, quam morali deprehenditur. Potuit enim, qui conduxit, perturbatione animi tale quid audere, qui vero operam locat, ſola cupidine habendi alteri necem intendit.

## Aphor. XXXVIII.

IN LIBEROS) Sigillatim huc pertinet infanticidium in recens natum commiſſum. Et hoc, quia occulte peragitur, ex his conjecturis præſumitur peractum, ſi criminis rea uterum celavit, & clam peperit. *C. C. C. art. CXXXI.* Eaque indicia torturæ locum faciunt, ob præſumtionem juris, partum vixiſſe. Hanc itaque, ut elidat infanticida, aliis argumentis demonſtrare debet, partum mortuum a ſe eſſe editum. Unde merito partus a prudentibus Medicis & Chirurgis eſt inſpiciendus, non ideo, ceu putant, ut conſtet, an vixerit, hoc enim jam præſumitur, ſed ideo potius, ut appareat, an perfectus fuerit, & unde mortuus.

CVLEI SEV SVFFOCATIO) Alia vero olim fuit poena culei, alia poena eſt ſuffocationis. Culei poena, docente GVTHERIO *de jur. man. Lib.*

*Lib. I. cap. IX.* ita peragebatur, ut culeo ex corio confecto insueretur delinquens, injectis simul cane, gallo gallinaceo, vipera & simia, quibuscum dejiceretur in mare profundum *L. VI. pr. D. ad L. Pompej. de parricid. L. un. C. de his, qui par. vel liber. occid.* Quo ipso Romani significabant, ejusmodi hominem non solum omnium elementorum usu esse excludendum, sed etiam ex injectione bestiarum, quae in propria viscera saevirent, & reum & alios cognoscere debere, quam foedum crimen esset commissum. Hodie vero alia plane ratione suffocatio in aquis peragitur, Conf. Heil. *Jud. defens. in Proc. Inquis. cap. VI. p. 489.*

## Aphor. XXXIX.

Vivus comburatur) Quae poena Jure Romano in eos solum statuta videtur, qui incendium in urbe fecerunt *L. IX. L. XII. §. I. de incend. ruin. L. XXVIII. §. XII. de poen.* Sed hodie indistincte, sive quis in urbe, sive quis in agro aut via publica incendium fecerit, poena ignis locum habet, ita tamen, ut in posteriori casu poena gladii prius exequi, cadaver vero flammis absumendum tradi soleat.

## Aphor. XL.

Vis publica et privata) Generatim hic intelligimus violentiam, quae tranquillitatem & securitatem publicam laedit. Eaque sigillatim, quae fit armis, publica, quae sine armis, privata vocatur. Verum etiam publica vis infertur vel a persona publica, vel personae publicae, vel in loco

co

co publico. Vix tamen casus existet, ut vis per se poenam operetur, cum regulariter aliis delictis accedat, & eatenus efficiat, ut gravius puniatur crimen, quam si violentia non accessisset. Exempla sunt in furto, in stupro violento, in raptu, in diffidatione, in seditione. Atque his in casibus poena semper certa est. Quatenus vero vis per se subsistit, atque in crimen nominatum non cadit, semper arbitrarie puniri solet. Plane, qui coadunatis hominibus vim facit, in crimen fractæ pacis publicæ incidit. Publicam enim pacem sancte servari, & quemlibet a privata dictione abstinere jussit Maximilianus I. poenamque in contravenientem capitalem statuit, si præsens est, absenti bannum Imperii minatus est, utque demum copia judicis semper adesset, Cameram Imperii instituit CARPZOV. *Pr. Crim.* *Qu. XXXV. sq.* GAIL. ET DATTIVS *de pace publica.*

## Aphor. XLIII.

CRIMEN FALSI) Omnis falsi litera characteristica consistit I) in veritatis immutatione II) dolose III) in tertii præjudicium facta. Quia tamen de Jure Romano non omne falsum lege publica notatur, nec omne falsum in crimen falsi incidere existimarunt, sed id solum, quod lege Cornelia nominatim esset expressum. Hodie vero nil interest, sed omne falsum incidit in poenam publicam & legitimam. Sigillatim committitur vel in persona, vel in re. Id, quando aliam personam simulamus. Hoc, quando falsis documentis utimur, vera documenta mutamus,

falsis

falſis menſuris & ponderibus utimur, vid. MENCKE *Uſ. Theor. Pr. Dig. de L. Cornel. de falſ.* BEYER. *ad Ord. Crimin. art. CXI. ſeqq.* BERGER. *Elect. Crimin. p. 71. ſeqq.* Poena igitur ſemper eſt arbitraria. Poteſt tamen locum habere ultimum ſupplicium, 1) ſi quis falſo teſtimonio effecit, ut quis capite damnaretur *L. I. §. I. ad C. Cornel. de ſicar.* 2) Si quis falſam monetam conficit.

## Aphor. XLIV.

MVTILANDO DEMINVENTIVM) Cum Reipublicæ omnino interſit, ut proba moneta conſervetur, & Principis ſigillatim jus ſit, rem monetariam ſibi vindicandi, & Reipublicæ nomine civibus evictionem de pretio eminenti præſtandi, neceſſe omnino eſt, ut gravis poena in eos ſtatuatur, qui monetam quacunque ratione adulterant, atque æſtimationi Principis detrahunt, cum re ipſa crimen læſæ majeſtatis committant. Sunt autem varii caſus diſtinguendi, qui aliam atque aliam poenam operantur. Poena ignis dictatur, ſi quis materiam & bonitatem intrinſecam Schrot und Korn adulterat, & falſam monetam ſimul expendit. Si non ſimul expenſa moneta, pro re nata poena gladii vel fuſtigationis locum habet. Eademque etiam applicatur, & cadaver igni injicitur, ſi quis quidem ipſe non cudit, typos tamen dolo malo fecit, & falſario ſuppeditavit. Cæterum, ſi moneta quoad formam ſolum, vel quoad pondus mutatur, ſi porro quis monetam in fornace reſolvit, ſi quis falſam monetam a fabri-

bricatore ſciens accipit, & iterum expendit, poena ubique arbitraria eſt. CARPZOV. *qu. Crimin. XLII.* BRVNNEM. *ad L. II. C. de falſ. monet.*

## Aphor. XLV.

OFFICIVM FACERET) Et eatenus, quia formale criminis in eo conſiſtit, quod quis pretio interveniente officium compenſare patitur, quod gratis exhibere debebat, nil intereſt, ſive offerens bonam ſive malam cauſam habeat, ſive ante officium præſtitum ſive poſtea quis accipiat intuitu officii, ſive ipſe, ſive per familiam acquirat. Extra cauſam officii vero tantum abeſt, ut quis accipere nequeat, quin potius leges ejus, quod eo nomine promiſſum eſt, exactionem permittant *L. un. C. de ſuffragiis.*

## Aphor. XLVI.

FRAVDATAE ANNONAE) Quod Jure Romano a crimine Dardanariatus erat diſtinctum, & hoc criminibus extraordinariis, illud judiciis publicis annumerabatur. Vix autem, quæ fuerit utriusque differentia ſpecifica, certe confici poteſt. Utrumque enim id dicitur, quod caritatem annonæ, aliarumque rerum, quæ ad victum humanum ſpectant, inducit. vid. tamen BEYERVM *ad tit. Digeſt. de L. Jul. de annon.* Hodie nullum diſcrimen obſervatur, ſed poena pro ratione circumſtantiarum eſt arbitraria, & ad capitale ſupplicium usque accreſcere poteſt, ſi quis per vexationem annonæ effecit dolo malo, ut fame perirent ſubditi.

Aph.

## Aphor. XLVII.

FVRTVM PVBLICVM) Et hodie etiam a furto non nisi specie distinguitur, quia per ablationem pecuniæ publicæ committitur. Quare dubium non est, quin eadem poena, ac in furto, locum habeat.

## Aphor. XLVIII.

EST CAPITALIS) Et gravior quidem furto simplici. Sed, si discesseris a præjudicio, rei sacræ cohærere characterem indelebilem, iterum a furto non nisi specie distinctum, & poena furti coercendum est BRVNNEMANN. *Proc. Inquis. cap. IX. n. 87.*

## Aphor. XLIX.

POENA EXTRAORDINARIA) Quod inde esse dicunt, quia res ex aliena custodia non aufertur *L. LV. §. 1. D. de administr. tutor.* Cumque sic formale furti desit, poenam furti locum habere negant. Sed, si dicendum quod res est, non furtum solum committit, qui, quod in rationes referre debebat, sibi retinet, & in usus suos convertit, sed & præterea delictum furti cum perjurio cumulat, ut sic majori poena omnino afficiendus esset. Interim mitius agere solent legislatores cum his administratoribus, quia occasio furandi sese sponte offert, & ideo in legibus provincialibus ad eum effectum, ut perfidus administrator capite plecti possit, paulo majorem summam eum surripuisse, & in usus suos convertisse, requirunt. De Saxonia Electorali vid. *Introd. ad Jus Saxonic. P. III. Sect. III. Ex. III. §. XIX.*

Aph.

## Aphor. L.

CORRUPTIS SUFFRAGIIS) Non igitur simpliciter in crimen incidit, ambire munera, sed crimen est, ambire munera corruptis suffragiis, & quidem iis, quæ decisiva sunt. Ex quo quidem patet, frequentius esse hoc crimen in Rebuspublicis, ubi ex suffragio vel singulorum vel majoris partis munera deferuntur, quam ubi Princeps honores & munera dispensat. Non tamen ideo plane cessat apud nos crimen ambitus. Quamvis enim Principes ipsi tolerent, ut pretium intervenire possit, si quis ad munus a Principe conferendum adspiret. Ubi tamen officiorum dispensatio Collegiis inferioribus competit, vix impune fert ille coemtionem suffragiorum, qui hac ipsa, ut sibi committeretur officium, effecit.

## Aphor. LI.

SACERDOTIUM PRETIO SIBI COMPARAVIT) Proprie crimen Simoniæ non committitur, nisi ab eo, qui dona spiritualia pecunia comparare studet. Id enim fecisse Simonem magum, constat. Sed ex mente Pontificiorum tale crimen perpetrant omnes illi, qui rem spiritualem, quam Ecclesia talem esse jussit, pro re temporali comparant. Ut sic, prouti res spirituales apud Pontificios in plures species abeunt, & crimen Simoniæ multifariam committi possit. Primaria tamen ejus species est, quando quis officium Ecclesiasticum, pretio interveniente, vel simili re temporali intrat. Nam id maxime Clericum curare debere putant, ut ad munus subeundum divinitus vocetur. Indeque fit,

ut alicubi locorum parochus prius vix admitti ſoleat ad munus Eccleſiaſticum, quam juraverit, ſe nihil pro ſacerdotio dediſſe. Qui contra fecit, ab officio removetur, patronus vero accipiens excidit jure patronatus, Conf. BÖHMERI *Diſſ. de involucris crimin. Simon. detect.*

## Aphor. LII.

LIBERI HOMINIS SVPPRESSIONE) Quod crimen Romani vel ideo peculiari lege notabant, quia, cum res inæſtimabilis ſurrepta eſſet, actio furti civilis ad poenam pecuniariam exſolvendam locum habere non poterat. Cæterum re ipſa plagium eſt ſpecies furti, ideoque animus lucrifaciendi adeſſe debet. Modo tamen hic adſit, poena capitalis ſimpliciter dictitatur. Quam præterea Interpretes hic commemorare ſolent plagii ſpeciem, quod literarium vocatur, quamque poenà ſubeſſe dicunt, eam tum admittimus, quando quis forſan alterius manuſcripta ſurripuit, & pro ſuis venditavit. Qui vero libros publici juris factos ſuppreſſo Auctoris nomine exſcribit, extra crimen eſt, ſibique ſolum imputare debet, quod exiſtimationi ſuæ deſit.

# Tit. XXIX.

# De remiſſione poenarum & abolitione delictorum.

## Aphor. I.

ADEOQVE JVS AGGRATIANDI) Sed jus aggratiandi proprie ab abolitione criminum differt, quamvis hæc ex illo fluat, & uterque actus non niſi a Principe & ſuperiori exer-

exerceri possit. Nam jus aggratiandi generatim est facultas, principi competens, delicti reum jam condemnatum a poena promerita vel plane, vel alia in ejus locum substituta, eximendi. Abolitio criminis vero est jus, delicti reum nondum confessum, nec convictum, nec condemnatum a processu inquisitorio eximendi. Itaque ibi causa jam plene cognita atque peracta est, hic cognitio primum incipit. Ibi tollitur poena, hic inquisitio. Sed, ut hæc e medio tollatur, regulariter præsupponunt, rem esse in tali causa, ut nondum constet certo de corpore delicti. Conf. STRYCK. *Disp. de abolit. Princip. cap. I. n. 30.* Cæterum neque dispensatio, neque abolitio facile conceditur, nisi pretium interveniat.

PLANE SINGVLARES CONCVRRANT CIRCVMSTANTIAE) Verum enim vero, aut Jus divinum universale poenam certam determinat, aut non. Si illud, Princeps humanus, quia non est supra sed infra legem universalem, nunquam dispensare potest. Sin hoc, non video, cur plane singulares circumstantiæ ad effectum dispensationis peragendæ adesse debeant. Et ne quid dissimulem, Jus universale poenas certas & determinatas omnino nescit. Sed in genere solum poenam minatur. Quam, cum Princeps pro lubitu determinare potest, pro lubitu etiam iterum remittere poterit. Ne tamen Princeps existimationi suæ desit, legesque poenales ludibrio exponat, res ipsa exigit, ut eo usque in dispensando difficilis sit, quousque in Rempublicam ipsam utilitatem ex dispensatione redundare non didicit. Omnis enim legumlatio Republi-

cæ causa sit, inde vero consequens est, & eo in casu, ubi de vigore legis suspendendo sermo est, ad Rempublicam primario esse respiciendum.

## Aphor. III.

MITIGATIO ALIQVA VEL ETIAM TRANSMVTATIO) Cum Auctor noster utrumque JCti & judicis esse asserat, denuo præcaveamus necesse est, ne promiscua horum actuum usurpatio nos fallat. Mitigatio enim poenæ non est jus privati, sed huic eatenus solum permissa, quatenus lex eam sigillatim concessit *L. VIII. in fin. C. ad L. Jul. de vi public.* Juvat tamen, ut poenas certas a poenis arbitrariis distinguamus. In iis, ut dixi, judex quid durius aut remissius tacente lege constituere nequit. Ex his vero, quando dictitat eam, quam delicto proportionatam credit, non mitigat proprie, sed jure suo utitur, & id agit, ut talem ex intentione legislatoris eligat, quæ satisfactioni Reipublicæ præstandæ sufficit. Id enim generatim judex agere debet, ut poena delicto proportionata infligatur. Quod ut fiat, circumstantias loci, temporis, personarum, & similes probe ponderat, & ob idem delictum diversis personis diversam poenam dictitat, æque gravem tamen, & fini poenarum convenientem. Certe omnis poena eo tendit, ut salus & tranquillitas publica salva conservetur, & alii exemplo aliorum deterreantur, arbitraria vero præter fines allegatos & sigillatim hunc finem habet, ut delinquens corrigatur. Et hunc forsan judex facilius ob delictum, quod in rustica gente poena corporis afflictiva expiandum erat, obtinet

poena

poena pecuniaria, si de puniendo viro honesto sermo sit. Ex his vero patet, diversa esse mitigationem poenæ, & electionem poenæ ex pluribus arbitrariis. Ab utraque diversa iterum est transmutatio poenæ, de qua Auctor loquitur. Nam præsupponit ille casum, poenam jam ex arbitrariis certam delinquenti dictatam, eamque postea in aliud poenæ genus commutandam esse. Et hoc jus iterum privati hominis non est. Sed poena ex arbitrariis electa desinit officium JCti & judicis, nisi ex novis defensionis subsidiis oblatis & causa denuo cognita appareat, ex capite justitiæ cum reo mitius agendum esse. Invaluit tamen usu fori, & ex conniventia Principum, nonnunquam etiam lege publica permittitur, ut judex poenæ, jam dictitatæ, si corpus non affligit, aliam æque gravem substituere possit. De quo argumento, quid in Saxonia Electorali juris sit, vide *Introd. ad Jus Saxon. P. III. Sect. III. Ex. I. §. XIII. sq.*

## Aphor. IV.

Doctrina de præscriptione criminum breviter eo redit. Prætoriæ actiones poenales regulariter sunt annales *L. V. C. de injur. L. II. §. XIII. de vi bonor. rapt. L. I. pr. de calumn.* Civiles per viginti annos durant, quatenus criminaliter agere lex permittit. *L. XII. D. ad L. Cornel. de falsis.* Nec plane hodie cessat hæc distinctio. Sed sigillatim in causis injuriarum præscriptio annalis locum habet. In reliquis vero omnibus terminus viginti annorum usu venit, quia actiones poenales privatæ cessant, magisque persecutio criminalis sibi locum vindicat.

 Du-

Duplicem quidem, ut ex Auctore discimus, regula patitur limitationem, sed quod delicta carnis attinet, quinquennalis præscriptio non aliter prodest, quam si per se subsistunt, nec cum alio crimine conjuncta sunt. Aliud enim crimen, quando ad delictum carnis accedit, v. c. violentia ad stuprum, incestus ad adulterium, id simul efficit, ut terminus viginti annorum omnino duret.

# Lib. IV.
# De Ratione & modo jus suum persequendi in judicio.
## Tit. I.
## De Transactionibus.
### Aphor. I.

VT AMICABILITER TRANSIGATVR) Quod etiam in quibusdam Ordinationibus processualibus judici prius expediendum injungitur, quam partibus viam ad deductionem jurium aperiat. Quamvis, si judex officium suum hac in parte negligat, processus nullitate haut laboret. Non enim ad esse & substantialia processus tentatio amicabilis compositionis pertinet, tanquam remedium impediendi processum, WERNHER. *P. I. Obs. CCXXIV.* Sic vero judex in conscientia solum peccat ZIEGLER. *Dicastic. cap. XX. §. VI. seq.* &, si lex poenam minata est, simul punitur. Quando autem, quod omnino facere semper deberet, de transactione solicitus est, duo evitet extrema. Primo partes, si effectu destitui videat amicabilem compositionem, ad transactionem

nem non cogat. Consensu enim perficitur transactio, qui coactionem non admittit. Et, quemadmodum dici solet, pax est bonum suasibile non compulsibile. Minimum eousque liberum cujuslibet debet esse arbitrium, quousque utilitatis publicæ ratio coactionem non suadet STRYCK. *in Not. ad Lauterb. tit. de transaction.* SCHILTER. *Ex. IX.* §. *XXV.* Deinde caveat, ne negligenter versetur in tentanda amicabili compositione. Alias enim finem ipse actus exoptatum haut habebit. Sigillatim igitur fata & pericula litis diligenter exponat, moneatque partes, haut prudenter committi fortunæ arbitrio, quod per concordiam obtineri potest. STRYCK. *Introd. ad Pr. Forens. cap. II.* §. *II.* Curet etiam, ut & ipse de meritis causæ notitiam acquirat. Iubeat porro, Advocatos abesse. Verbo, talem se gerat, ut quilibet cognoscat, malle eum finem litis, quam perpetuum processum.

## Aphor. II.

CONVENTA DECISIO) Requiritur igitur I) causa dubia & controversa *L. I. D. de transaction.* Sufficit tamen, transactionem fieri litis evitandæ causa, utut non fiat in lite *L. LXV.* §. *I. de condict. indeb.* Et sic generatim, quando res adeo certa non est, quin dubia admittat, transactio valet. Quare dubium non est, quin & hodie post rem judicatam, quod olim non permittebatur *L. XXIII.* §. *I. Eod. L. XXXII. C. de transaction.* locum habere possit. STRYCK *Us. Mod. D. tit. de transaction.* §. *VII.* Requiritur II) ut aliquid

quid detur, vel remittatur, vel retineatur. Si enim totum datur, quod alter petit, ſolutio potius adeſt. Sin totum retinetur, donatio fit. Non tamen ideo proportio intuitu rei deſideratur, de qua tranſigimus. Nam hæc vel ideo ſervari nequit, quia objectum transactionis incertum eſt. Cæterum, licet transactio non valere poſſit, ut transactio, valebit tamen ut pactum add. GVNDLING. *Diſſ. de transaction. ſtabilit. & inſtabil.*

## Aphor. III.

QVI AD PACISCENDVM) Et generatim non errabis, ſi quæ pactis omnibus communia ſunt, ad transactionem applices, quatenus vel lex vel natura rei aliud non poſtulat, ſive perſonas paciſcentes, ſive objectum transactionis, ſive modum tranſigendi reſpicias. Sigillatim, cum transactio alienationem involvat, tranſigentes facultatem diſponendi & alienandi habere debent. Objectum, de quo tranſigimus, rem eſſe debere privati arbitrii, per ſe patet. Conſenſum requiſita Juris Naturalis habere debere, ut obligatio inde oriatur, nemo in dubium vocare poteſt. Hoc unum addam neceſſe eſt, naturam transactionis, quia hæc ipſa renunciationem ſimul involvit, non admittere interpretationem extenſivam, ſed ita ſemper explicandam eſſe, ut in dubio ei, qui jus ſuum remiſit, quam minimum decedat *L. XLVII. §. I. de pact. L. XXXI. C. de transaction.* Indeque fit, ut & transactionem generalem ad ea ſolum reſtringamus, de quibus tranſigentes tempore transactionis veroſimiliter cogitarunt, niſi ita generaliter concepta ſit transactio, ut commode non ad-

mit-

mittat restrictionem. Nam tum minimum præsumtionem operabitur contra eum, qui generaliter locutus est, donec id, quod in transactione esse negat, demonstret, ad non cogitata pertinere *L. XII. D. de transact.* vid. LEYSER. *Spec. XLVI. med. X.*

## Aphor. III.

IN SPECIE AVTEM HIC NOTES ) Sed non opus est, ut in dijudicandis casibus specialibus a principio, vi cujus transactionem alienationem diximus, recedamus. Hanc enim veritatem satis clare loquitur *L. I. §. IX. si quid in fraudem patrone.* Sic vero recte defendimus, omne, qui facultatem alienandi habent, habere quoque facultatem transigendi, sicuti nec dubium esse potest, quin, qui certam in alienationibus convalidandis formam adhibere debet, hanc in transactione omittere nequeat. Itaque tutor non simpliciter, sed servato bonorum pupillorum discrimine transigit, & jus quidem pupilli dubium, non vero manifestum remittit. *L. XLVI. §. VII. D. de administr. & peric. tutor.* Ita maritus de bonis uxoris paraphernalibus transigit quidem, modo tamen ipsa prædia paraphernalia conservet. BRVNNEMANN. *ad L. LVIII. D. de procur.* Ita pater etiam de bonis liberorum adventitiis iis in casibus, ubi ipsi alienatio permittitur, transactionem init.

## Aphor. V.

TRANSIGERE LICEAT ) Quod inde esse dicunt, quia transactio præsupponit rem dubiam,

 reli-

relicta autem in testamenta statim certa fieri possunt, tabulis inspectis. Verum, ut hæc ratio omnino fallit, dum & post inspectionem tabularum plura remanere possint dubia, controversiis obnoxia, ita, rationibus probe subductis facile apparet, *L. VI. D. de transaction.* explicandam esse, ex *L. I. D. testament. quemadm. aperiant.* Nam posterior non simpliciter prohibet transactionem, eamque irritam declarat, sed jubet potius, ut, si ex partibus transigentibus alter inspectionem tabularum prius desideret, quam transigat, ipsi inspectio non denegetur, vid. COCCEJUM *Jur. Civil. Controv. Lib. I. qu. V.* GUNDLING. *Diss. de transact. verb. testam. non inspect. cap. III.*

## Aphor. VI.

HAUT LICET TRANSIGERE) Rem, de qua transigimus, privati arbitrii esse debere, jam supra diximus. Nemo enim pacto efficere potest, ne leges valeant. Nonnunquam vero lex transactionem de re in totum & indistincte prohibet, aliquando si certa solennia sint adhibita, permittit. Ad classem primam pertinet transactio de causis ecclesiasticis & matrimonialibus, ad posteriorem transactio de alimentis & delictis. Et alimenta quidem, quia transactione conditio alimentarii deterior fieri potest, transactionem non admittunt, nisi cognita, & approbata causa, ita quidem, ut sola judicis confirmatio non sufficiat BRUNNEMANN. *Cent. II. Decision. LXXV.* nec renunciatio valeat, nec juramentum defectum auctoritatis judicialis suppleat. Quotiescunque vero causa prohibitionis cessat, transactio etiam extra-

judi-

judicialis valet. Sic de alimentis præteritis recte transſigimus. Sic etiam per accidens ejusmodi transactio ſubſiſtit, quando ille, cui alimenta deſtinata ſunt, conditionem meliorem reddidit. Aliud exemplum prohibitæ transactionis extrajudicialis occurrit in *Ordinat. Proc. Saxon. Recogn. Tit. I. §. XIV.* dum iis, qui ad jura pauperum ſunt admiſſi, vel ideo, ne privatim de lite tranſigant, interdicitur, quia & judicis & Advocati, qui gratis officium præſtitere, intereſt, ne ſportulis priventur, utque indemnitatem conſequantur.

## Aphor. VII.

Avt sponsalia) Generatim cauſas Eccleſiaſticas privatorum arbitrio eſſe exemtas, clare loquitur *c. IV. X. de pact. c. V. de rer. permutat. c. IV. ſqq. X. de transaction.* Itaque & matrimoniales non ſunt privati arbitrii. Quod noſtrates ita explicant, ut transactio, in qua de matrimonio diſſolvendo ſermo ſit, nunquam valeat. Et eatenus facile conſentio, modo intelligamus caſum, velle tranſigentes vinculum matrimonii jam conſummati dirimere, quippe quod ipſis nulla ratione ob præjudicium inde in Rempublicam redundans concedi poteſt. Quod autem addunt, idem juris eſſe, ſi de matrimonio conſummando ſermo eſſet, & de ſponſalibus de præſenti, nec valere transactionem eo tendentem, ut inde oriunda obligatio ceſſaret, id ideo tolerari nequit, quia Jus Canonicum ſponſalia de præſenti a matrimonio diverſa neſcit, eaque ſponſalia, quæ nos de præſenti nominamus, re ipſa ſponſalia

salia de futuro Juris Canonici, sive pactum de contrahendis nuptiis sunt, quæ tamen transactionem ex ipsa Juris Canonici dispositione admittere, late docet BÖHMER. *Diss. de incongr. Prax. distinct. inter sponsalia de præs. & de fut. in terr. Protestant.*

## Aphor. VIII. seq.

Omne argumentum de transactione circa delicta facile sic composueris; si a reatu læsionem distinguas. De læsione transactio semper licita est, quodcunque demum delictum læsionem produxerit. Nullibi enim prohibetur, ne quis juri suo renunciet. De reatu vero transactio privatorum non valet, cum hic jus Reipublicæ concurrat, quod privati pactione sua intervertere nequeunt. Sic vero transactio, quatenus in præjudicium fisci tendit, semper irrita est, nec satisfactio privata poenam publicam tollit, mitigat tamen eam iis in delictis, ubi judex in dictitanda poena respicere debet ad damnum læso illatum. Cæterum, qui de delicto non capitali transigit, ficte confiteri videtur, & præsumtionem delicti commissi excitat.

## Aphor. XI.

ET REI IVDICATAE) In genere itaque argumentum a re judicata tum, si validitatem, tum, si rescissionem spectes, ad transactionem valet. Quare error, si intervenerit, per se non rescindit transactionem, cum & præterea in transactione res dubia, & quæ aleam continet, subsit, & sic in omni transactione unus erret. Nec enim rescinditur,

ditur, si postea species reperiatur, apud tertium, de qua transactio inita, quamvis a tertio ista species peti possit *L. XXIX. D. de transact.* Exemplum vide apud BERGER. *P. II. Resp. CXXVIII.* add. LEYSER. *Spec. XLVI. med. XI.* Tum tamen error parit rescissionem transactionis, quando apparet, nullam plane causam transigendi subfuisse, & tamen putasse alterum, causam adfuisse. Hoc enim, si manifeste probari possit, transactionem irritam facit *L. LXV. §. I. D. de condict. indeb.*

PECVLIARIBVS POENIS NOTATVR) Privatur nempe omnibus emolumentis ex transactione profluentibus, poenam promissam præstat, actionem antea competentem amittit, & infamis fit, modo tamen majorennis sit *L. XLI. C. de transaction.* Quod autem minor poenam non subeat, cum tamen transactionem violans in pari reatu esse videatur, id inde est, quia quidem majorenni æquiparatur, quatenus juramentum servandum est, non vero, quatenus poena in perjurium statuta est.

## Aphor. XII.

IPSO ERRORE CALCVLI TRANSACTVM) Æquitas tamen & analogia juris jubet, ut cogitemus casum, errorem calculi tempore transactionis patere. Si enim tempore transactionis lateat, & postea manifeste appareat error, iniquum certe esset, eum non admittere, maxime cum transactio, quamvis generalissime concepta, ad incognita trahi nequeat *L. XLVII. §. I. de pact. L. XXIV. & XXXI. C. de transaction.* Ita rem & *L. unic. C. de error. calcul.* interpretatur LEYSER. *Spec. CCCXXXIX. med. V.*

IN-

INFIRMATVR) Imo & condictio ob turpem causam, si dolo inductus quis transegerit, & aliquid ex transactione præstiterit. Nam, licet transactio vires rei judicatæ habeat, causam tamen & quidem dubiam & contorversam subesse, omnino requiritur. Ubi vero dolus accedit, dici nequit, dubium aut controversiam subesse.

MANIFESTE APPAREAT) Sed cum hac sententia aperte pugnat *L. LXXVIII. §. ult. ad SCtum Trebell.* Nam, ut rescissio negotii ex *L. II. C. de resc. vendit.* locum habeat, requiritur omnino, tempore contractus rem certam æstimationem recipere, & læsionem eodem tempore adesse. Sed hæc ad transactionem nulla ratione applicari possunt, quippe cum non de re certa, sed dubia ineatur, & multum aleæ contineat, qualia negotia tamen per ea, quæ suo loco diximus, sub alleg. *L. II. C. de rescind. vendit.* comprehendere vix possumus. Cæterum Praxis tam extra Saxoniam, quam in Saxonia hæc principia deserit VVERNHER. *P. I. Obs. CLXXVII.* quod extrajudiciales transactiones attinet, in judicialibus vero querelam de læsione non admittit. Interim vel per se patet, & iis in casibus, ubi rescissionem concedunt, supponendum esse, utrumque transigentium de quantitate & valore rei, de qua transigimus, certiorem non esse redditum. Sin secus, læsio rescissionem non operabitur LEYSER. *Spec. XLVI. med. VII.* RICHTER. *P. I. Decis. XCIX. n. 70.*

Tit. II.

# Tit. II.
# De Judiciis.
## Aphor. I.

LATE SVMITVR) Imo judicium ſumitur vel pro loco, ubi jus redditur, vel pro cauſæ in judicium deductæ tractatione, ut ſic pro diverſitate cauſæ controverſæ judicium vel civile vel criminale, vel ſeculare vel Eccleſiaſticum nominetur, vel denique pro integro proceſſu, ſive modo cauſam controverſam pertractandi. Sic iterum judicium vel ordinarium vel ſummarium eſt, prouti judex vel ordine judiciario ad unguem ſervato, vel omiſſis ſolennibus procedit. Sigillatim poſterior ſignificatus hic conſiderandus venit. Cumque noluerint legislatores, ut judex in cauſæ controverſæ pertractatione merum ſequeretur arbitrium, merito in judicio id ubique reſpicere debet, ut ordine omnia fiant, & ex præſcripto legis. Quo nomine judicium dicitur legitimus modus & ordo, quo coram judice competente cauſa controverſa peragitur, eum in finem, ut lis ſententia finiatur. Hæc enim primaria judiciorum conſtituendorum cauſſa fuit, ut judices ſuum cuique tribuant, & cauſa ſufficienter cognita innocentiæ auxilium ferant, proterviæ & temeritati obicem ponant. Peragitur vero cauſæ cognitio hoc ordine, ut I) judex expectet eum, qui juſtitiæ adminiſtrationem urgeat, & controverſiam ſibi moveri exponat, qui actor vocatur, & in libello id, quod cardo rei eſt, proponit. II) Ut alterum, qui conventus eſt, quique reus vocatur, audiat, eique occaſionem, ſe defen-

defendendi per exceptiones ſubminiſtret. III) Ut utrique parti probationem ejus, quod aſſerit, injungat, IV) ut demum litem ſententia finiat. Isque ordo naturalis eſt, & ad ſubſtantiam proceſſus pertinet, nec unquam absque vitio nullitatis abeſſe poteſt. Præterea vero leges huic ordini varia ſuperaddunt ſolennia, & qua ratione quilibet actus expediendus ſit, determinant, qui ordo vocatur legalis, & iterum, quousque lex ipſa iudici, omiſſo hoc ordine, procedendi facultatem non conceſſit, præciſe & ſub poena nullitatis ſervandus eſt. *L. IV. C. de ſentent. & interloc. L. VI. C. Unde vi.* Eſt etiam tertia ſpecies ordinis a iudice obſervandi, ubi plures cauſæ concurrunt. Nam tunc prius cognoſcere debet de iis, quæ præjudicium faciunt cauſæ principali, ita quidem, ut hæc, niſi præjudicium diſcuſſum ſit, ſententia commode finiri nequeat. *L. I. C. de ordin. judic. L. X. C. de injur.* HERTIVS *Diſſ. de ordin. cauſ. in judic. tractand.* Iterum prius diſcutere debet cauſam criminalem, ſi in cauſa civili quæſtio de delicto, quod rem, de qua controvertimur, reſpicit, incidat *L. V. §. I. ad L. Jul. de vi publ. L. XXXIII. C. ad L. Jul. de adulteriis.* Denuo, ſi præparatorium judicium cum principali concurrit, de illo prius cognoſcere debet *L. XXXV. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. L. XIII. C. de Rei Vindic.*

## Aphor. III.

ACTOR, REVS, ET JVDEX) Ex quibus neuter abeſſe poteſt, quando de cauſa controverſa quæſtio eſt. Nam ubi actor deficit, judicis officium

cium cessat. Si nemo adest, qui jus alterius in dubium vocat, jus dicere nequit judex. Et, licet uterque adsit, si tamen judicis copia haberi non potest, ut sententia lis finiatur, frustra expectamus. Non tamen ideo eo delabi debemus, ut existimemus, non posse esse judicium absque causa controversa. Sed judices primario quidem, ut jus dicant, & justitiam administrent, constitui videmus, attamen, & necesse sæpius est, ut judex partibus contrahentibus, vel quod auctoritatem negotiis judicialem conciliandam censeant ipsi, vel quod lex negotia privatorum absque auctoritate judiciali gesta irrita declaret, præsto sit, & suum cuique tribuat, vel damnum & læsionem ex negotio imminentem avertat.

Ipsa fama, seu vox publica) Itaque iis in casibus, ubi ob delicta commissa per modum accusationis procedimus, tres antea nominatæ personæ adsunt, nec modus procedendi & ordo causam cognoscendi ab illo, quem supra indicavimus, diversus est. Postquam vero leges permiserunt judicibus, ut ex officio in delicta commissa inquirere possent, per fictionem quandam eundem effectum famæ tribuerunt, quem habebat libelli ab actore in causa civili peracta porrectio. Sed & simul voluerunt, famæ tamdiu fidem denegandam esse, quamdiu certum ejus auctorem & fontem, unde provenerit, ignoramus. Interim tamen processus inquisitorius non semper a fama originem trahit, sed fieri etiam potest, ut in locum actoris succedat, qui delictum commis-

ſum judici denunciet, eoque ipſo proceſſui inquiſitorio anſam ſuppeditet.

MINVS PRINCIPALES) Sunt tamen & judicantes & litigantes vel principales, vel minus principales. Ex judicantibus principalis perſona eſt judex, qui cauſam cognoſcit, vel ſolus, vel aſſeſſoribus in conſilium adhibitis. Et hi quidem Romæ ſemper perſonæ minus principales erant, quia abſente judice neque cauſas cognoſcere, neque eas decidere poterant *L. XIII. C. de Aſſeſſor.* Sed hodie aſſeſſores in judiciis vel ideo, quia Principes jurisdictionem cum toto collegio, tanquam corpore, communicant, non nudi conſiliarii judicis ſunt, ſed cum judice ſimul jurisdictionem exercent, adeoque & judex abſentibus aſſeſſoribus, & aſſeſſores abſente judice jus dicunt. Dantur tamen, ne quid diſſimulem, hodie Aſſeſſores judiciorum, qui de jurisdictione partem non habent, ſed judici inferiori, qui alias ſolus jus dicit, eo ſolum fine aſſident, ut præſentia ſua quosdam actus validos efficiant, & geſtis judicis fidem concilient, ſi lex jubeat, ut actus nonniſi præſentibus aſſeſſoribus expediatur. Id in criminalibus ex præſcripto Conſtitutionis Crim. Carol. fieri debere, neminem fugit. Eodem modo ad validitatem teſtamenti judicialis domi confecti Scabinorum præſentia requiritur. Item judici, qui ruri jus dicit, cum ex moribus hodiernis plerumque & judicis & Actuarii vices ſuſtineat, fraudis evitandæ cauſa Sculteťus paganus & Scabini aſſident. Deinde ad perſonas minus principales pertinet Actuarius, qui in pertractatione

ne

ne negotiorum judicialium ideò adest, ut omnia fideliter consignet, actis publicis in memoriam rei inserat, &, ne judicialiter gesta in dubium facile vocentur, in scriptis comprehendit. Hujus officium, ut a judicis officio optimo consilio separatum est, ne judex auctoritate sua facile abutatur, ita, ut Actuarius, ante susceptionem officii jurejurando obstringatur, vel ideo necesse est, quia refert, ut partes sciant, an fidem habere possint protocollis ab Actuario confectis. Cæterum constitutio Actuarii regulariter a judice dependet, nisi forsan illius, qui judicem constituit, intersit, ut arbitrium judicis hac in parte restringat. Confer. WILDVOGEL *Diss. de actuar.* Denique in judicio, ut personæ minus principales, judici assistunt apparitores, qui jussa judicis exequuntur, & de eo, quod expediendum in se susceperunt, ad Acta referunt, eoque nomine, ut fides ipsis haberi possit, juramentum intuitu officii præstant *L. II. C. de executor. & exactor.* Quod eum habet effectum, ut eorum relationibus de rebus ad officium spectantibus tamdiu stetur, donec contrarium probatum est MENCKEN. *Tr. Synopt. Proc. Disp. IV. th. X.* GRIBNER. *Princip. process. Lib. I. cap. I. Sect. II. §. VII.* Quod nunc ad partes litigantes attinet, illi vel ex arbitrio suo, vel ex legis necessitate, & quia per se legitimam standi personam in judicio non habent, consilio & assistentia aliorum in negotiis judicialibus utantur. Necessario enim adhibere debent pupilli tutores, minores & foeminæ curatores. Ex arbitrio, qui alias ipsi judicialia pertra-

ctare possunt, adhibent advocatos & procuratores. Ex quibus illi clientem in jure instruunt, hi clientis personam sustinent. Horumque officia diversa esse, per se patet. Et adhuc in plerisque provinciis diversa sunt. Advocatus enim is esse potest, qui peritia juris est instructus, modo ex more quorundam judiciorum in numeeum advocatorum sit relatus. Procurator vero is esse potest, qui peritiam rerum gerendarum habet. Advocatus etiam qua talis non indiget mandato, quo tamen instructus esse debet Procurator. Sed multis in locis utrumque officium plerumque in una persona concurrit. Interim hæ omnes personæ sunt minus principales. Et ex iis sigillatim omnes illi, qui personam litigantem principalem, vel sustinent, vel supplent, personam legitimare debent. Quem in finem tutor tutorium, Curator curatorium, Procurator mandatum exhibere debet. Et ex moribus quorundam judiciorum recte prius ejusmodi personæ non admittuntur, quam de legitimatione constat.

MANDATO INSTRVCTI SINT, NECESSE EST) Requisita mandati vero in eo consistunt, ut ex eo constet, quis dederit, cui, contra quem, ad quam causam, ut nomen judicis exprimatur, ut actus expediendi nominentur, ut subscriptio accedat, & signatio. Sigillatim necesse est, ut ad evitandam solennem litis reassumtionem & heredum mentio fiat RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. *XCIX.* Necesse est, ut actus, qui speciale mandatum desiderant, exprimantur, de quibus supra ad

ad tit. de Mandato jam egimus. Nec enim, excepta Saxonia Elector. sufficit, quosdam actus nominare, & reliquos sub clausula comprehendere, daß im übrigen alle andere Actus, die ein Special-Mandat erfordern, der Procurator expediren solle. add. LYNCKER. *de formis procuratoriis.* Utile est, ut iis in provinciis, ubi hypothecis conventionalibus efficacia tribuitur, clausula hypothecationis bonorum addatur. Utile est, ut protestetur mandans, se per propriam comparitionem mandatum pro tacite revocato habere nolle, ob dispositionem *cap. VIII. de procurat. in 6to.* Supervacuum vero est, clausulas de rato, grato, & indemnitatis addere, cum illæ negotio mandati jam per se insint STRYCK. *Us. Modern. Dig. tit. de procurator. §. XXXII.*

CAUTIONE DE RATO ADMITTUNTUR) Imo & ipse Procurator, qui mandatum quidem habet, mancum tamen, cum cautione rati, ea tamen conditione, admittitur, ut mandatum absque vitio postea exhibeat. Cæterum conjunctæ personæ, nempe omnes ascendentes & descendentes in infinitum, fratres in linea collaterali, socerque & gener durante affinitate *L. XL. §. fin. L. XXXV. de procurat.* absque mandato admittuntur, quia lex mandatum præsumit. Idem juris est in marito, si uxoris negotia gerit *L. XXI. C. Eod.* in litis consortibus *L. fin. C. de Consort. ejusd. lit.* in iis, qui documenta ad causam pertinentia penes se habent, modo cautionem præstent, de exhibendo in posterum mandato ORDIN. CAMER. *P. I.*

*Tit. XXI. § II.* in iis denique, ad quos cauſæ eventus per indirectum ſpectat. Ut tamen hi admittantur ex præſumto mandato, primo ipſi ſtandi in judicio legitimam habeant perſonam, deinde actus expediendus non ſit ſpecialis mandati, denique cautio rati præſtetur. Eſt autem cautio rati medium, adverſarium ſecurum præſtandi, ut, niſi principalis actum geſtum ratihabeat, indemnitatem ex cautione habere, eoque nomine cum cavente agere poſſit. Non itaque obligat principalem ad ratihabitionem. Sic vero conſultum eſt, ut, cum judex, tum pars adverſa, de certa quantitate, loco intereſſe præſtanda, ſollicitus ſit ab initio, ſi ratihabitio hon ſequatur.

## Tit. III.

## De Actore & Reo.

### Aphor. II.

CONTRA QVEM ETIAM INVITVM) Ita communiter. In eo enim actorem a reo differre dicunt, quod ad agendum nemo invitus compellatur, reus vero invitus etiam judicium ſuſcipere debeat. Sed ut rei ſemper electio ſit, utrum cedere an contendere malit, isque ideo per ſpontaneam præſtationem ejus, quod in judicium deductum eſt, ab actione ſe liberare poſſit, niſi litem plane calumnioſam cogites, ita tantum abeſt, ut actor ſemper ex voluntate libera agat, quin ſæpius neceſſe ſit, ut munus actoris invitus ſubeat. De jure Romano enim ſæpius ex jure perfecto alterius intereſt, ut, quo ipſe ſuum ab alio, quem di-

directo convenire nequit, consequatur, alter ejus nomine agat. Exempla sunt in *L. VIII. in fin. de option. legat. L. II. §. penult. & ult. ad L. Rhod. de jact. L. XIII. §. XXX. de action. emt.* Licet vero hæc hodie usu destituantur, cum ad formulas actionum non simus adstricti SCHILTER. *Ex. XXVII. th. XXIV.* Fit tamen, ut & hodie ex necessitate agere debeant, qui officium aliquod, quod obligationem agendi complectitur, in se receperunt. Exempla sunt in tutore, curatore, administratoribus, advocatis fisci. Cæterum ex sola provocatione ad agendum, de qua Auctor, in sequenti §o, necessitas ad agendum non oritur, sed adhuc in provocato positum est situmque, utrum agere, an silere velit.

## Aphor. IV.

HIS REMEDIIS) Sunt hæc remedia præparativa, & viam ad processum principalem aperiunt. Leges enim duplici ratione illi, qui litem injustam timet, permittunt, ut mediante provocatione præjudicium ex ipsa lite, intempestive aliquando mota, sibi oriundum avertere possit. Sunt autem diversa ista remedia, tum ratione objecti, tum ratione finis, tum ratione modi procedendi. *Lex* enim *Diffamari* præsupponit diffamationem antecedentem, vi cujus quis vel sibi jus aliquod contra alterum competere aut publice aut privatim asserit, vel famam alterius & existimationem sugillat. Qui enim putant, diffamationem semper injuriam continere debere, omnino errant, cum potius omnis inquietatio diffamatio sit. BERGER. *Elect.*

 *Proc.*

*Proc. Provoc.* LEYSER. *Spec. LXXXI. med. I.* Imo, si dicendum, quod res est, incongrue satis Lex Diffamari ad injurias illatas applicatur, nisi forsan eo effectu fiat, ut diffamatio diluatur, quæ ex injuria prolata alterum gravare poterat MEVIUS *P. I. Decis. CXLIV.* Verum & injuriatus tum conditionem suam reddere potest deteriorem, cumprimis, quia ipse, dum provocat, ut diffamans vel veritatem doceat, vel sileat, occasionem suppeditare potest inquisitorio processui formando, si diffamans indicia deducat. Interim provocatio ex hac lege fit eum in finem, ut diffamans agat, jus deducat prætensum, vel de injurioso asserto fidem faciat, aut sileat in perpetuum CARPZOV. *P. III. Decision. CCXIII. n. 20. seqq.* Quo vero judex diffamanti hoc ipsum præjudicium minetur, diffamatus ipse diffamationem summarie demonstrare debet prius, quam judex processum aperiat. MYNSING. *P. V. Observat. XVIII.* GAIL. *Lib. I. Observ. X.* Econtrario *Lex si contendat* præsupponit, actionem alicui stricto jure competere, exceptione tamen temporali facile elidendam. Ne itaque, dum alter litem differt, exceptio tempore pereat, ille, qui exceptione tutus est, pro hujus conservatione provocatione utitur eo fine, ut creditor non tam agat, quam ad exceptionem respondeat, aut, nisi replicet, per sententiam judicis exceptionem salvam & perpetuam pronunciari patiatur STRYCK. *Introduct. ad Prax. Forens. cap. V. §. III.* Non igitur opus est, ut pro-

provocans demonſtrationem aliquam in ſe recipiat ſtatim, ſed exceptionem potius ſuam judici exponit. Provocato vero deinde comparente, & ad litem principalem ſuſcipiendam parato, ceſſat ſtatim præparatorius proceſſus, & pro natura negotii lis principalis peragitur. Cumque ex his eluceat, intuitu proceſſus principalis provocantem non actorem, ſed reum eſſe, provocatumque forum rei ſequi debere, provocatio ipſa recte fit apud judicem, qui ratione provocantis competens eſt. MEVIUS *P. III. Deciſion. CCXII.* Qui vero eo progrediuntur, ut eam coram judice utriusque incompetente fieri poſſe defendant cum CARPZOVIO *Deciſion. CCXIII.* BERGERO *in Elect. proceſſ. provocat.* §. *XX.* illi per ea, quæ reſpondet LEYSER. *Spec. LXXXI. med. IV.* facile erroris convinci poſſunt.

## Aphor. V.

TUTORIS VEL CURATORIS AUCTORITATE INTERVENIENTE) Diſtingue infantes ab impuberibus & minoribus. Illi, quia nihil plane agunt, per tutores negotia judicialia expediunt, cui etiam permittitur, ut ſuo periculo ſibi ſubſtituere poſſit actorem, qui deinde & ſuam & conſtituentis perſonam per productionem cum actorii, tum curatorii legitimare debet MENCKE *Proceſſ. Tit. VII.* §. *III.* Poſſunt quidem & a Procuratoribus, Tutoribus impuberum, & Curatoribus actores conſtitui, ſed non niſi conſenſu principalis. Nam & impuberes & minores non niſi cum tutore & curatore actus judiciales expe-

diunt, nec valet actus a solo pupillo & minore susceptus, nisi conditionem meliorem reddiderit, nec rata sunt, quæ tutor vel curator solus gessit, nisi actus ipse præjudicium non inferat principali. Actus enim speciale mandatum desiderantes pupilli & minoris præsentiam requirunt. Idem juris est quoad foeminas, in Saxonia. Hæ enim solæ nil nisi quod favorabile est RIVIN. *Titul. VIII. Enunc. I. Titul. XVIII. Enunc. XLVI.* valide expediunt, sed omnia cum curatore in judicio agunt, nec solus curator actorem constituit, sed consensus mulieris adesse debet, quo facto actorium durat post mortem etiam curatoris BERGER. *Elect. Disceptat. Forens. p. 289.* nec solus curator admittitur in judicio ad actum expediendum, qui mulieri præjudicium inferre potest. Si vero admissus, actus tantum valet, quatenus utiliter gestus GRIBNER. *Dissert. de mand. special. §. ult.* Atque hæc omnia recte applicantur ad maritum, cum quo uxor in judicio comparere potest, nisi jam habeat curatorem specialiter constitutum. Maritus enim tum vicem curatoris sustinet, imo ex more judiciorum quorundam necesse est, ut nominatim curator uxoris constituatur.

## Aphor. VI.

SIT CONVENIENDVS) Per indirectum tamen cum pignorationibus, tum repressaliis effici potest, ut tertius de facto tertii respondere debeat. Utrumque remedium eo tendit, ut læsio reparetur & satisfactio detur. Pignorationes tamen privata, repressaliæ publica auctoritate fiunt. Illæ

læ præcise damnum præsupponunt, hæ ob protractam vel denegatam justitiam, vel ob aliam quamvis læsionem adhibentur. De pignorationibus jam supra egimus. De repressaliis, eorumque usu vid. late WERNHERUM *P. III. Obs. CXV.*

## Aphor. VII.

ALITER SE NON POSSINT) Et sic universitates & collegia invita procuratorem constituere debent, modo adversarius id urgeat *L. I. §. I. L. II. seqq. quod cujusque universit. L. V. §. VII. Judic. solvi.* Probe tamen ab universitate & collegio sunt distinguendæ plures personæ, quæ nomine collectivo veniunt. Nam hi procuratore solum utuntur, idque regulariter ex mera voluntate. Verum non obstat, ne judex ad præscindendas difficultates & ambages, quas multitudo litigantium parit, vel etiam, si singuli litigent, res tamen absque procuratore exitum habere nequeat, procuratoris constitutionem injungat. Sic plerumque, quando plures litis consortes adsunt, vel principalis persona perpetuo impedimento, ne ipsa compareat, laborat, vel extranea est, vel insinuatio citationum non nisi per ambages aut magno sumtu fieri potest, judices sibi & parti adversæ ita consulunt, ut, quod nonnunquam ex legis dispositione fieri debet, partem litigantem de constituendo procuratore ad Acta, qui sigillatim citationes accipiat, admoneant, & re ita ferente id ipsum sub poena injungant. MYNSINGER. *Cent. IV. Observat. LVIII.* STRYCK. *us. Modern. Digest. tit. de procurator. §. XIII.*

QVAM

QVAM PER SYNDICOS) Qui ſi ab iis diſceſſeris, qui ad defendenda jura civitatum & *univerſitatum* in genere, & ita conſtituuntur, ut munus publicum cum dignitate conjunctum gerant, in effectu a procuratoribus non niſi nomine, & ratione modi conſtituendi differunt. Nam & mandatum, quod Syndicatus inſtrumentum vocari conſuevit, exhibere, & ea, quæ procuratoris ſunt, peragere debent. Hoc unum ſingulare eſt, quod mandatum morte conſtituentium non expiret, quia ipſa univerſitas non moritur *L. XXXVI. de judic.* nec ideo neceſſe ſit, ut ad heredes dirigatur. Imo ne opus quidem eſt, ut poſterorum mentio fiat, MENCKE *Diſputat. VII §. III.* RIVIN. *Tit. VII. Enunc. XXXI.* Quod præterea addit ZIEGLER. ad LANCELLOTT. *Libr. III. Titul. III. §. VII.* pluribus Syndicis ſimpliciter conſtitutis alterum absque altero agere poſſe, quod in Procuratoribus de Jure Romano ſecus eſt, id Praxi quidem convenit, habetque hanc rationem, ne lis proteletur. Repugnat tamen argumentum a procuratore ad Syndicum, quod Jus Canonicum etiam approbat. Quare, niſi per leges provinciales, quod in Saxonia Elect. factum, diſpoſitioni Juris Romani de procuratoribus derogatum ſit, merito ex pluribus Syndicis ſimpliciter conſtitutis alter, altero abſente, repellendus erit vid. BÖHMER. *Jur. Eccleſ. Proteſt. tit. de Syndic. §. IV.*

OMNIBVS TAMEN VOCATIS) Tria itaque, ut ſyndicus legitimatus ſit, requiruntur I) Convo-

vocatio singulorum universitatis membrorum *L. II. D. quod cujusque univers. nom.* Si enim vel unus convocatus non sit, electio est irrita, ipsaque universitas, membro convocationem negante, probare debet, convocationem factam esse. Quod tamen secus, si adversarius convocationem neget. Quia enim omne instrumentum solenne & legitimum præsumitur, contrariam probatiobationem subire debet. LEYSER. *Spec. LIV. med. IV. seqq.* II) Comparitio duarum minimum tertiarum. *L. III. D. Eod.* Convocatione enim facta res voluntatis est, an citati comparere velint, & emanentes habentur pro consentientibus III) Consensus majoris partis in Syndicum *L. XIX. D. ad municip.* De hoc vero, ut constet ex ipso mandato, necesse est. Sic vero subscribere debent constituentes mandato CARPZOV. *P. I. Constit. XIII. def. VIII. P. III. Decis. CCV.* Interim sufficit, duas tertias subscripsisse LEYSER. *Spec. LIV. med. VII.* Omnino tamen consultum est, ut universitas mandatum vel judicialiter, vel coram Notario & testibus conficiat, quamvis generatim ex scriptura super mandato confecta apparere debeat, omnia legitime peracta esse. Non itaque solum de convocatione testimonium perhibere, sed & comparentium æque ac absentium nomina exprimere debet.

## Tit. IV.
## De judice ejusque jurisdictione.
### Aphor. I.

DICEBATVR PEDANEVS) Quia a pedibus Prætoris sedebat. Sed hic nullam habebat juris-

di-

ut in genere involvat protestatem publicam, de negotiis civium & licitis & illicitis, sive, controversis, sive publica auctoritate sustinendis cognoscendi, eaque, si opus est, decidendi, & decisa executione mandandi. Tres itaque sunt partes jurisdictionis I) Cognitio, II) Decisio, III) Executio. Ut tamen semper judex eas conjunctim habeat, non requiritur. Sed, ut diximus, Principis est statuere, quid posset judex. Nec tamen ideo vel judex quis esse desinit, vel jurisdictio cessat, etiamsi vel minima jurisdictionis pars ipsi sit concessa. Interim vel maxime necesse est, ut, quotiescunque negotium judicialem auctoritatem exposcit, ubique dispiciamus, quis habeat jurisdictionem, & quo usque illam, in quas personas, & in quibus causis, exercere possit. Nullum enim negotium a judice, extra limites jurisdictionis suæ gestum, valet. Præterea quilibet judex, quatenus jurisdictionem habet, jure quæsito gaudet, quod privatus facto suo, & absque legis aut superioris permissu intervertere nequit.

## Aphor. III.

JVRE MAGISTRATVS COMPETENS) Id est, Romani, dum magistratum ordinarium constituebant, eo ipso facultatem illi concedebant, omnia ea expediendi, quæ jurisdictioni inerant, nec opus ideo erat nova jurisdictionis concessione, cum, ut magistratui, illi omnia licerent, quæ a persona & officio judicis separari haut poterant. Reliqui vero actus, qui officio judicis præcise non cohærebant, verbo, actus voluntariæ jurisdictionis specialiter,

liter vel judici ordinario concedere, vel peculiarem magistratum denominare solebant. Sic ad tutoris constitutionem, ad decidendas controversias de fideicommissis, ad manumissiones & adoptiones convalidandas peculiarem magistratum dabant. Verum hodie & ea, quæ extraordinariæ jurisdictionis erant, jure magistratus exercentur, & ideo hujus distinctionis usus non superest.

## Aphor. IV.

Propriam et mandatam) Propria autem dicitur, quam vel is immediate exercet, qui fons omnis jurisdictionis est, vel ille, cui superior jurisdictionis exercitium, ut judici ordinario & perpetuo, concessit. Mandata vocatur, quando vel Princeps ipse certam causam alicui expediendam committit, vel ille, qui judex a Principe constitutus, alteri vices suas defert.

## Aphor. V.

Hodie non admittuntur) Imo admittuntur, non ex voluntate solum partium, sed & ex legis dispositione & ex necessitate. Hoc fit in reconventione, cum, qui reum convenit, ab eo reconventus coram judice conventionis, utut alias ejus jurisdictionem non agnoscat, præcise stare debeat *L. XIV. C. de sentent. & interloc.* qua de re infra videbimus. Illud fit vel expresse vel tacite. Tacite tum, quando quis coram judice incompetente conventus, exceptionem fori incompetentis negligit, & judicium cum actore suscipit *L. I. & IV. C. de judic.* Expresse tum, quando fori ordinarii

*Tit. XXI.* § *II.* in iis denique, ad quos cauſæ eventus per indirectum ſpectat. Ut tamen hi admittantur ex præſumto mandato, primo ipſi ſtandi in judicio legitimam habeant perſonam, deinde actus expediendus non ſit ſpecialis mandati, denique cautio rati præſtetur. Eſt autem cautio rati medium, adverſarium ſecurum præſtandi, ut, niſi principalis actum geſtum ratihabeat, indemnitatem ex cautione habere, eoque nomine cum cavente agere poſſit. Non itaque obligat principalem ad ratihabitionem. Sic vero conſultum eſt, ut, cum judex, tum pars adverſa, de certa quantitate, loco intereſſe præſtanda, ſollicitus ſit ab initio, ſi ratihabitio non ſequatur.

## Tit. III.
## De Actore & Reo.
### Aphor. II.

CONTRA QVEM ETIAM INVITVM) Ita communiter. In eo enim actorem a reo differre dicunt, quod ad agendum nemo invitus compellatur, reus vero invitus etiam judicium ſuſcipere debeat. Sed ut rei ſemper electio ſit, utrum cedere an contendere malit, isque ideo per ſpontaneam præſtationem ejus, quod in judicium deductum eſt, ab actione ſe liberare poſſit, niſi litem plane calumnioſam cogites, ita tantum abeſt, ut actor ſemper ex voluntate libera agat, quin ſæpius neceſſe ſit, ut munus actoris invitus ſubeat. De jure Romano enim ſæpius ex jure perfecto alterius intereſt, ut, quo ipſe ſuum ab alio, quem di-

directo convenire nequit, consequatur, alter ejus nomine agat. Exempla sunt in *L. VIII. in fin. de option. legat. L. II. §. penult. & ult. ad L. Rhod. de jact. L. XIII. §. XXX. de action. emt.* Licet vero hæc hodie usu destituantur, cum ad formulas actionum non simus adstricti SCHILTER. *Ex. XXVII. th. XXIV.* Fit tamen, ut & hodie ex necessitate agere debeant, qui officium aliquod, quod obligationem agendi complectitur, in se receperunt. Exempla sunt in tutore, curatore, administratoribus, advocatis fisci. Cæterum ex sola provocatione ad agendum, de qua Auctor in sequenti §o, necessitas ad agendum non oritur, sed adhuc in provocato positum est situmque, utrum agere, an silere velit.

## Aphor. IV.

HIS REMEDIIS) Sunt hæc remedia præparativa, & viam ad processum principalem aperiunt. Leges enim duplici ratione illi, qui litem injustam timet, permittunt, ut mediante provocatione præjudicium ex ipsa lite, intempestive aliquando mota, sibi oriundum avertere possit. Sunt autem diversa ista remedia, tum ratione objecti, tum ratione finis, tum ratione modi procedendi. *Lex* enim *Diffamari* præsupponit diffamationem antecedentem, vi cujus quis vel sibi jus aliquod contra alterum competere aut publice aut privatim asserit, vel famam alterius & existimationem sugillat. Qui enim putant, diffamationem semper injuriam continere debere, omnino errant, cum potius omnis inquietatio diffamatio sit. BERGER. *Elect.*

 *Proc.*

*Proc. Provoc.* LEYSER. *Spec. LXXXI. med. I.* Imo, si dicendum, quod res est, incongrue satis Lex Diffamari ad injurias illatas applicatur, nisi forsan eo effectu fiat, ut diffamatio diluatur, quæ ex injuria prolata alterum gravare poterat MEVIUS *P. I. Decis. CXLIV.* Verum & injuriatus tum conditionem suam reddere potest deteriorem, cumprimis, quia ipse, dum provocat, ut diffamans vel veritatem doceat, vel sileat, occasionem suppeditare potest inquisitorio processui formando, si diffamans indicia deducat. Interim provocatio ex hac lege fit eum in finem, ut diffamans agat, jus deducat prætensum, vel de injurioso asserto fidem faciat, aut sileat in perpetuum CARPZOV. *P. III. Decision. CCXIII. n. 20. seqq.* Quo vero judex diffamanti hoc ipsum præjudicium minetur, diffamatus ipse diffamationem summarie demonstrare debet prius, quam judex processum aperiat. MYNSING. *P. V. Observat. XVIII.* GAIL. *Lib. I. Observ. X.* E contrario *Lex si contendat* præsupponit, actionem alicui stricto jure competere, exceptione tamen temporali facile elidendam. Ne itaque, dum alter litem differt, exceptio tempore pereat, ille, qui exceptione tutus est, pro hujus conservatione provocatione utitur eo fine, ut creditor non tam agat, quam ad exceptionem respondeat, aut, nisi replicet, per sententiam judicis exceptionem salvam & perpetuam pronunciari patiatur STRYCK. *Introduct. ad Prax. Forens. cap. V. §. III.* Non igitur opus est, ut pro-

provocans demonſtrationem aliquam in ſe recipiat ſtatim, ſed exceptionem potius ſuam judici exponit. Provocato vero deinde comparente, & ad litem principalem ſuſcipiendam parato, ceſſat ſtatim præparatorius proceſſus, & pro natura negotii lis principalis peragitur. Cumque ex his eluceat, intuitu proceſſus principalis provocantem non actorem, ſed reum eſſe, provocatumque forum rei ſequi debere, provocatio ipſa recte fit apud judicem, qui ratione provocantis competens eſt. MEVIVS *P. III. Deciſion. CCXII.* Qui vero eo progrediuntur, ut eam coram judice utriusque incompetente fieri poſſe defendant cum CARPZOVIO *Deciſion. CCXIII.* BERGERO *in Elect. proceſſ. provocat.* §. *XX.* illi per ea, quæ reſpondet LEYSER. *Spec. LXXXI. med. IV.* facile erroris convinci poſſunt.

## Aphor. V.

TVTORIS VEL CVRATORIS AVCTORITATE INTERVENIENTE) Diſtingue infantes ab impuberibus & minoribus. Illi, quia nihil plane agunt, per tutores negotia judicialia expediunt, cui etiam permittitur, ut ſuo periculo ſibi ſubſtituere poſſit actorem, qui deinde & ſuam & conſtituentis perſonam per productionem cum actorii, tum curatorii legitimare debet MENCKE *Proceſſ. Tit. VII.* §. *III.* Poſſunt quidem & a Procuratoribus, Tutoribus impuberum, & Curatoribus actores conſtitui, ſed non niſi conſenſu principalis. Nam & impuberes & minores non niſi cum tutore & curatore actus judiciales expediunt,

 diunt,

diunt, nec valet actus a solo pupillo & minore susceptus, nisi conditionem meliorem reddiderit, nec rata sunt, quæ tutor vel curator solus gessit, nisi actus ipse præjudicium non inferat principali. Actus enim speciale mandatum desiderantes pupilli & minoris præsentiam requirunt. Idem juris est quoad foeminas, in Saxonia. Hæ enim solæ nil nisi quod favorabile est RIVIN. *Titul. VIII. Enunc. I. Titul. XVIII. Enunc. XLVI.* valide expediunt, sed omnia cum curatore in judicio agunt, nec solus curator actorem constituit, sed consensus mulieris adesse debet, quo facto actorium durat post mortem etiam curatoris BERGER. *Elect. Disceptat. Forens. p. 289.* nec solus curator admittitur in judicio ad actum expediendum, qui mulieri præjudicium inferre potest. Si vero admissus, actus tantum valet, quatenus utiliter gestus GRIBNER. *Dissert. de mand. special. §. ult.* Atque hæc omnia recte applicantur ad maritum, cum quo uxor in judicio comparere potest, nisi jam habeat curatorem specialiter constitutum. Maritus enim tum vicem curatoris sustinet, imo ex more judiciorum quorundam necesse est, ut nominatim curator uxoris constituatur.

## Aphor. VI.

SIT CONVENIENDVS) Per indirectum tamen cum pignorationibus, tum repressaliis effici potest, ut tertius de facto tertii respondere debeat. Utrumque remedium eo tendit, ut læsio reparetur & satisfactio detur. Pignorationes tamen privata, repressaliæ publica auctoritate fiunt. Illæ

læ præcise damnum præsupponunt, hæ ob protractam vel denegatam justitiam, vel ob aliam quamvis læsionem adhibentur. De pignorationibus jam supra egimus. De repressaliis, eorumque usu vid. late WERNHERUM *P. III. Obs. CXV.*

## Aphor. VII.

ALITER SE NON POSSINT) Et sic universitates & collegia invita procuratorem constituere debent, modo adversarius id urgeat *L. I. §. I. L. II. seqq. quod cujusque universit. L. V. §. VII. Judic. solvi.* Probe tamen ab universitate & collegio sunt distinguendæ plures personæ, quæ nomine collectivo veniunt. Nam hi procuratore solum utuntur, idque regulariter ex mera voluntate. Verum non obstat, ne judex ad præscindendas difficultates & ambages, quas multitudo litigantium parit, vel etiam, si singuli litigent, res tamen absque procuratore exitum habere nequeat, procuratoris constitutionem injungat. Sic plerumque, quando plures litis consortes adsunt, vel principalis persona perpetuo impedimento, ne ipsa compareat, laborat, vel extranea est, vel insinuatio citationum non nisi per ambages aut magno sumtu fieri potest; judices sibi & parti adversæ ita consulunt, ut, quod nonnunquam ex legis dispositione fieri debet, partem litigantem de constituendo procuratore ad Acta, qui sigillatim citationes accipiat, admoneant, & re ita ferente id ipsum sub poena injungant. MYNSINGER. *Cent. IV. Observat. LVIII.* STRYCK. *us. Modern. Digest. tit. de procurator. §. XIII.*

QVAM

Qvam per syndicos) Qui si ab iis discesseris, qui ad defendenda jura civitatum & universitatum in genere, & ita constituuntur, ut munus publicum cum dignitate conjunctum gerant, in effectu a procuratoribus non nisi nomine, & ratione modi constituendi differunt. Nam & mandatum, quod Syndicatus instrumentum vocari consuevit, exhibere, & ea, quæ procuratoris sunt, peragere debent. Hoc unum singulare est, quod mandatum morte constituentium non expiret, quia ipsa universitas non moritur *L. XXXVI. de judic.* nec ideo necesse sit, ut ad heredes dirigatur. Imo ne opus quidem est, ut posterorum mentio fiat, Mencke *Disputat. VII §. III.* Rivin. *Tit. VII. Enunc. XXXI.* Quod præterea addit Ziegler. ad Lancellott. *Libr. III. Titul. III. §. VII.* pluribus Syndicis simpliciter constitutis alterum absque altero agere posse, quod in Procuratoribus de Jure Romano secus est, id Praxi quidem convenit, habetque hanc rationem, ne lis protelетur. Repugnat tamen argumentum a procuratore ad Syndicum, quod Jus Canonicum etiam approbat. Quare, nisi per leges provinciales, quod in Saxonia Elect. factum, dispositioni Juris Romani de procuratoribus derogatum sit, merito ex pluribus Syndicis simpliciter constitutis alter, altero absente, repellendus erit vid. Böhmer. *Jur. Eccles. Protest. tit. de Syndic. §. IV.*

Omnibvs tamen vocatis) Tria itaque, ut syndicus legitimatus sit, requiruntur I) Convo-

vocatio singulorum universitatis membrorum *L. II. D. quod cujusque univers. nom.* Si enim vel unus convocatus non sit, electio est irrita, ipsaque universitas, membro convocationem negante, probare debet, convocationem factam esse. Quod tamen secus, si adversarius convocationem neget. Quia enim omne instrumentum solenne & legitimum præsumitur, contrariam probatiobationem subire debet. LEYSER. *Spec. LIV. med. IV. seqq.* II) Comparitio duarum minimum tertiarum. *L. III. D. Eod.* Convocatione enim facta res voluntatis est, an citati comparere velint, & emanentes habentur pro consentientibus III) Consensus majoris partis in Syndicum *L. XIX. D. ad municip.* De hoc vero, ut constet ex ipso mandato, necesse est. Sic vero subscribere debent constituentes mandato CARPZOV. *P. I. Constit. XIII. def. VIII. P. III. Decis. CCV.* Interim sufficit, duas tertias subscripsisse LEYSER. *Spec. LIV. med. VII.* Omnino tamen consultum est, ut universitas mandatum vel judicialiter, vel coram Notario & testibus conficiat, quamvis generatim ex scriptura super mandato confecta apparere debeat, omnia legitime peracta esse. Non itaque solum de convocatione testimonium perhibere, sed & comparentium æque ac absentium nomina exprimere debet.

## Tit. IV.

## De judice ejusque jurisdictione.

### Aphor. I.

DICEBATUR PEDANEUS) Quia a pedibus Prætoris sedebat. Sed hic nullam habebat jurisdi-

dictionem, cum juris dicundi facultas Prætori propria esset. Quicquid itaque expediebat judex, ex præscripta a Prætore formula agebat, nudamque habebat notionem, id est, cognitionem de causa controversa & sententiam pronunciandi facultatem absque executione. Hodie ejusmodi judices non habemus, nec judex privato ausu constituitur, sed quia jus judiciorum regale est, publica auctoritas, ut quis judicis munere fungi possit, omnino requiritur. Ea enim deficiente quilibet impune non paret. Quapropter judex recte dicitur persona publica a Principe ideo constituta, ut civibus jus dicat, & legum vigorem contra ejus violatores tueatur. Nam eum ob finem judicia omnia sunt constituta, ne, si liberum cujusvis sibi ipsi jus dicendi esset arbitrium, Respublica ejusque tranquillitas detrimenti quid caperet. *L. XIII. D. III. de usufr. L. XIV. C. de Judæis. L. XIII. Quod met. caus.* Quare, ubi judicis copia haberi potest, nemo sibi ipsi jus dicendi habet facultatem. In casu tamen necessitatis, quando ob judicis defectum damnum irreparabile imminet, defensio permittitur.

## Adhor. II.

Jurisdictio juxta LL. Romanas) Multum a se differt indoles Jurisdictionis apud Romanos & nostrates. De jure Romano vid. Noodtium *de jurisdiction.* de jure hodierno Gebaverum. Res eo redit. Jurisdictio in se spectata complectebatur solum jus statuendi, præcipiendi & exequendi in causis civium controver-

sis

ſis civilibus. Criminales cauſæ jurisdictioni e- rant exemtæ, & jus puniendi, quod merum im- perium vocabant Romani, populus ſibi retine- bat, & lege ſpeciali ejus exercitium peculiaribus magiſtratibus committebat. Eoque ſenſu impe- rium jurisdictioni contradiſtinguitur *L. III. D. de jurisdiction.* Erat tamen etiam jurisdictioni ad- mixtum imperium, quod in facultate exequendi conſiſtebat. Quare denuo ille, cui ſolum jus ſta- tuendi & cognoſcendi datum erat, absque facultate exequendi, non jurisdictionem, ſed nudam no- tionem habebat *L. XV. de re judic.* HVBER. *Prælect. ad tit. de jurisdiction.* §. *III.* Præterea ad cauſas controverſas reſtringebatur jurisdictio. Sic vero iterum civium actus, qui inter conſen- tientes expediebantur, jurisdictioni qua tali non inerant, ſed præter jurisdictionem concedebatur ſpeciali lege jus, auctoritatem iſtiusmodi negotiis interponendi HVBER. *d. l.* §. *IV.* Verum enim vero hodie jurisdictio omnem magiſtratus pote- ſtatem complectitur, eo vero nomine poteſtas co- gnoſcendi, de negotiis civium non litigioſis, nu- da notio, mixtum & merum imperium tanquam ſpecies ſub ſe ſimul comprehendit. Eſtque fons omnis jurisdictionis ipſe Princeps, qui & pro ar- bitrio ſuo mox latiorem mox anguſtiorem poteſta- tem concedit, mox hanc cauſam huic, mox aliam alii judici aſſignat, mox jurisdictionem ad perſo- nas, mox ad cauſas, mox ad locum reſtringit. Quapropter jurisdictionis definitio ad princi- pia noſtræ Jurisprudentiæ ſic accommodanda eſt,

ut

ut in genere involvat protestatem publicam, de negotiis civium & licitis & illicitis, sive, controversis, sive publica auctoritate sustinendis cognoscendi, eaque, si opus est, decidendi, & decisa executione mandandi. Tres itaque sunt partes jurisdictionis I) Cognitio, II) Decisio, III) Executio. Ut tamen semper judex eas conjunctim habeat, non requiritur. Sed, ut diximus, Principis est statuere, quid posset judex. Nec tamen ideo vel judex quis esse desinit, vel jurisdictio cessat; etiamsi vel minima jurisdictionis pars ipsi sit concessa. Interim vel maxime necesse est, ut, quotiescunque negotium judicialem auctoritatem exposcit, ubique dispiciamus, quis habeat jurisdictionem, & quo usque illam, in quas personas, & in quibus causis, exercere possit. Nullum enim negotium a judice, extra limites jurisdictionis suæ gestum, valet. Præterea quilibet judex, quatenus jurisdictionem habet, jure quæsito gaudet, quod privatus facto suo, & absque legis aut superioris permissu intervertere nequit.

## Aphor. III.

JVRE MAGISTRATVS COMPETENS) Id est, Romani, dum magistratum ordinarium constituebant, eo ipso facultatem illi concedebant, omnia ea expediendi, quæ jurisdictioni inerant, nec opus ideo erat nova jurisdictionis concessione, cum, ut magistratui, illi omnia licerent, quæ a persona & officio judicis separari haut poterant. Reliqui vero actus, qui officio judicis præcise non cohærebant, verbo, actus voluntariæ jurisdictionis specialiter,

liter vel judici ordinario concedere, vel peculiarem magistratum denominare solebant. Sic ad tutoris constitutionem, ad decidendas controversias de fideicommissis, ad manumissiones & adoptiones convalidandas peculiarem magistratum dabant. Verum hodie & ea, quæ extraordinariæ jurisdictionis erant, jure magistratus exercentur, & ideo hujus distinctionis usus non superest.

## Aphor. IV.

PROPRIAM ET MANDATAM) Propria autem dicitur, quam vel is immediate exercet, qui fons omnis jurisdictionis est, vel ille, cui superior jurisdictionis exercitium, ut judici ordinario & perpetuo, concessit. Mandata vocatur, quando vel Princeps ipse certam causam alicui expediendam committit, vel ille, qui judex a Principe constitutus, alteri vices suas defert.

## Aphor. V.

HODIE NON ADMITTUNTUR) Imo admittuntur, non ex voluntate solum partium, sed & ex legis dispositione & ex necessitate. Hoc fit in reconventione, cum, qui reum convenit, ab eo reconventus coram judice conventionis, utut alias ejus jurisdictionem non agnoscat, præcise stare debeat *L. XIV. C. de sentent. & interloc.* qua de re infra videbimus. Illud fit vel expresse vel tacite. Tacite tum, quando quis coram judice incompetente conventus, exceptionem fori incompetentis negligit, & judicium cum actore suscipit *L. I. & IV. C. de judic.* Expresse tum, quando fori or-

dinarii privilegio renunciat. Hoc enim duplici temperamento adhibito fieri poteſt, I. quando favor perſonæ ſolum ſubeſt. Huic enim quilibet pro lubitu, etiamſi alias ex privilegio peculiare forum agnoſcat, licite renunciat, ut ſic dubium non ſit, quin & miles, & clericus & ſtudioſus jurisdictionem prorogare, & judicem incompetentem agnoſcere poſſit, *L. LI. C. de Epiſcop. & Cleric.* LUDOVICI Einl. zum *Conſ. Proc. cap. V. & XI. ſqq.* BERGER. *Oec. Jur. Lib. IV. Tit. XXI. p. 1030.* BRUNNEMANN. *Proc. Civil. cap. X. n. 4.* quousque lex prohibitiva vel conſuetudo contraria non extat. Exempla vide apud RICHTERUM *ad authentic. & conſequenter C. de ſentent. & interloc.* LEYSER. *Spec. CXXIII. med. VII.* E contrario ceſſat prorogatio, quando cauſa ipſa favorabilis & privilegiata eſt. BRUNNEMANN. *ad L. XVIII. de jurisdict. n. 2.* II) quando quis ſe non in totum ordinario judici ſubtrahit, ſed in ſingularibus ſolum cauſis. STRYCK. *Uſ. Modern. Digeſt. Tit. de jurisdict. §. XXII. ſqq. & Diſſert. de effic. renunciat. for. hodiern.*

## Aphor. VI.

HAEC IN VOLENTES) In contentioſis itaque negotiis judicis deciſionem, in voluntariis judicis auctoritatem & confirmationem expectamus. Ibi judex juſtitiæ faciendæ cauſa, hic ſolennitatis & auctoritatis gratia implorari ſolet. In his itaque, cum regulariter ſufficiat, negotium coram judice eſſe geſtum, plus non requiritur, quam judicis præſentia, & ideo in propria cauſa judex auctor

fieri

fieri potest *L. III. & IV. D. de adoption.* perindeque est, sive in loco judicii, sive extra judicium auctoritas accedat, sive in die fasto, sive in die nefasto, sive competens, sive incompetens sit judex *L. XXXVI. pr. & §. I. D. Eod. L. VIII. C. de feriis. L. II. de offic. Proconsul. L. I. §. VII. de manumiss. vindict.* Verum hæc ita, si lex partibus, consentientibus liberam facultatem relinquit, velintne judicem adire, an privatim negotium expedire. Nec enim tum judex accedit alio fine, quam melioris probationis gratia, utque negotio major concilietur firmitas. Quare etiam judex id ipsum, quod actum est a partibus, in medio relinquit, nec, an vitiose actum sit, curat, sed confirmationem solum, in quantum actus de jure valet, addit. Quoties vero lex negotia civium, quibus judicialis auctoritas non accessit, irrita declarat, atque ideo eadem ipsa pro forma negotii requiritur, tum non sufficit, ut judex actum confirmet, sed causam potius cognoscere, damnum præcavere, & id præcise agere debet, ut actus de jure subsistat. Exempla sunt in unione prolium, alienatione bonorum pupillorum & minorum, donatione ultra 500. solidos. Inde autem per se patet, judicem adeundum esse competentem, diebus juridicis, & in ipso loco judicii. STRUV. *Exerc. IV. th. LXIX.* LYNCK. *in Comment. ad tit. de jurisd. §. V.*

## Aphor. X.

EXERCETUR VEL PER MAGISTRATUS) Experientia nimirum docet, consuevisse Principes,

ut jurisdictionis exercitium vel concederent personæ, vel prædio quasi connexam vellent. Illa vocatur administratoria, personalis, & judicem facit officialem Principis, quovis tempore rationum redditioni obnoxium. Eaque pro lubitu revocatur, nec ad heredes judicis transitoria est. Hæc dicitur patrimonialis, prædio cohæret, ejusque accessorium est, ita quidem, ut quilibet prædii possessor hujus jurisdictionis capax sit, etiamsi illi vel maxime qualitates desint, quibus alias judex præditus esse debet. Quare perinde est, sive infans, sive foemina, sive rusticus sit, sive peritia legum destituatur. Quæ cum ita sint, & illi, qui patrimonialem habet jurisdictionem, id tacite concessum videtur ex natura rei, ut ad jus dicendum aliquem delegare possit, qui scientia legali instructus est, quod administtator jurisdictionis facere nequit. Est autem, ut ex historia patria evicit HEINECCIUS *in Diss. de origine & indole jurisdiction. patrimon.* hæc jurisdictio ex antiquo jure disciplinæ domesticæ, quod Paterfamilias in omnem familiam suam exercebat, cum jure vitæ & necis conjuncto. Eique postea schema jurisdictionis superinductum est. Quare & hodie primarius effectus jurisdictionis patrimonialis in jure conveniendi subditos in propria causa in proprio judicio consistit, cujus indolem late exposuit MENCKE *Diss. de jure conveniend. subdit. in propr. judic.* Quod autem hodie hæc jurisdictio nonnunquam ad civiles solum causas restricta deprehendatur, & præterea Magistratibus oppidanis etiam

etiam concedi ſoleat, id inde eſt, quia Principes ſe jure ſuo uti crediderunt, ſi & aliis, quorum prædiis ab antiquo tempore non cohæreret jurisdictio, eam tamen quaſi patrimonialem concederent.

## Aphor. XIII.

Est perspiciendum) Imo ex his unice eſt dijudicandum, non hoc ſolum, utrum criminalem an civilem jurisdictionem quis habeat, ſed etiam, utrum univerſalem, an particularem jurisdictionem exercere poſſit. Univerſalem autem nominamus, quam judex tum in perſonam tum in res quoad certum territorium citra diſtinctionem cauſarum exercet. Duxerunt tamen Principes e re ſua, ut iterum a jurisdictione univerſali mox perſonas, mox cauſas, mox locum eximerent, & eo nomine peculiares judices conſtituerent. Quo ipſo variæ jurisdictionis particularis ſpecies enatæ ſunt, vel ad perſonas certas, vel ad certas cauſas, vel ad certum locum reſtrictæ. Prioris generis eſt jurisdictio academica, ſecundi generis eſt jurisdictio feudalis, metallica, foreſtalis, mercatoria. De utroque participat jurisdictio Eccleſiaſtica & militaris. Tertii generis eſt jurisdictio circumſepta, Zaun oder Pfahl-Gerichte, de qua vid. Strycki *Diſſert. de jurisd. circumſepta.* Dum vero iterum recordamur diſtinctionis inter jurisdictionem ſuperiorem & inferiorem, non poſſumus, quin & mentionem faciamus quæſtionis: quænam ſpecies conceſſa videatur, ſi princeps indefinite jurisdictionem dederit, nec, quam cogitaverit, aliunde conſtet. Utramque ſpeciem ſubintelli-

telligendam esse volunt TABOR *Decision. IV.* BEYER. *Posit. ad. D. tit. de jurisdict.* §. *XLIX.* Sed verior est opinio, inferiorem solum concessam videri. Primo enim hoc non est universale, ut genus semper speciem comprehendat, maxime, cum vox Gerichte plurale tantum sit. SCHILTER. *Introd. ad Jus Feudal. cap. II.* §. *X.* Deinde omnis concessio a Principe facta a parte ejus involvit renunciationem, quam stricte interpretandam esse, nemo nescit. Denique de regali jure sermo est. In cujus concessione, si hæc dubiæ interpretationis sit, id subesse credimus, quod minimum est STRVV. *Ex. IV. th. LXXX.* BÖHMER. *Dissert. de interpret. fac. contra eum, qui clarius loqui debuisset.* Plane omnimoda jurisdictione concessa, Ecclesiasticam tamen non subintelligi docet BÖHMER *Jur. Eccles. Lib. I. Tit. XXVIII.* §. *XXVIII.*

ET CONSVETVDINE DESVMENDVM EST) Tantum itaque abest, ut ex jure puniendi crimina jurisdictionem criminalem colligamus, quin potius experientia doceat, & judices inferiores poenas statuere in delinquentes, & exequi. Id tamen certum est, ad poenam relegationis usque judicem inferiorem procedere non posse. Ut sic firmiter concludere possimus, eum, cui facultas relegandi concessa est, habere jurisdictionem criminalem. Nec aliam hæc observatio patitur limitationem, quam quæ a jurisdictione Academica desumitur, quippe quæ regulariter in relegatione desinit, utut criminalis non sit.

Aph.

## Aphor. XIV.

HODIE DICITUR) Itaque extraordinarius judex idem ille est, qui mandatam sive delegatam exercet jurisdictionem. Atque in hac ubique idem juris est, quod in mandato ipso. Judex enim delegatus ubique servat modum & formulam præscriptam *L. I. §. I. L. III. D. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* ideoque prius producere debet mandatum ipsum, quam de causa cognoscit, quo illi, quorum interest, cognoscant, quantam acceperit potestatem. Et quicquid extra mandatum gerit, nullitate laborat, quamvis ea recte expediat, quæ mandato tacite jam insunt. Præterea, qui mandatam jurisdictionem exercet, alterum sibi substituere non potest *L. fin. pr. D. Eod.* nisi ea facultas expresse ipsi tributa sit. Tacite tamen eam subintelligendam esse existimant, quando Imperator Statum Imperii, vel hic vniversitatem delegat. Cujus rei rationem vide apud LYNCKER. *ad tit. de offic. ejus, cui mand.* BÖHMER. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XXIX. §. XIV.* Cæterum perinde est, sive alicui universa demandata sit jurisdictio, quod eos, diximus, facere posse, qui jurisdictione patrimoniali gaudent, sive ad certam causam delegetur, qui, a Principe datus, Commissarius vocatur. Hoc unum inter utrumque intercedit discrimen, quod priori in casu mandans & mandatarius unum habeant tribunal, & sic, si gravamen alicui inferatur, provocandum sit ad mandantis superiorem. Per Commissarii vero

ro ſententiam gravatus provocat ad committentem GAIL. *Lib. I. Obſ. CXXI. n. 2.* RUTGER. RULAND *de Commiſſion. P. I. Lib. V. cap. XIII. n. 4. ſeqq.*

## Aphor. XV.

JUDEX CONSTITUITUR) Arbiter igitur eſt judex conventionalis a partibus ad cauſæ controverſæ cognitionem & deciſionem electus. Quomodo ab arbitratore differat, Auctor quidem exponit, ſed dixeris potius, arbitratorem eligi inter amicos, ubi nulla lis eſt. *L. ult. C. de contrah. emtion.* eum in finem, ut diſſenſum ex æquo & bono componat. Nec enim ſtare debent partes ejus arbitrio *L. LXXVI. D. pro ſocio.* Vocatur ein Schiedsmann, arbiter vero ein Schieds-Richter. Differre etiam arbitrum a judice, res docet. Hic enim publica, ille privata auctoritate conſtituitur. Nec arbiter deciſa ſua exequendi habet facultatem, ſed judex implorandus eſt, ut renitentem ad ſervandum effatum, ſive laudum arbitri, in quod ab initio conſentiit, cogat. BRUNNEMANN. *ad L. V. C. de arbitr.* Nam ex conventione partes arbitri laudo præciſe ſtare debent. *L. XXVII. §. II. L. XX. D. de recept. & qui arbitr. receper.* ita quidem, ut ne remedia quidem ſuſpenſiva locum habeant. *L. I. C. Eod.* SCHILTER. *Ex. XII. §. IX.* Quamvis vero diverſa ſit arbitri & judicis perſona, talis tamen arbiter eligendus eſt, qui judex eſſe poteſt. *L. IX. §. I. L. XLI. L. ult. C. Eod.* ipſeque arbiter æque ac judex cauſam cognoſcere, & modum

dum procedendi ordinarium ſervare debet. *L. I. L. XXXII. §. XV. D. Eod.* Cæterum, cum omne arbitrium in conventione partium nitatur, ſigillatim quoque, quid poſſit arbiter, quisque ordo in diſceptanda lite obſervandus ſit, inde dijudicari debet. Eadem ratione & ipſa quæſtio, quis in arbitrum compromittere poſſit, & in qua cauſa, ex natura conventionum decidenda, & ſigillatim indoles transactionis in ſubſidium vocanda eſt, cum ab hac ad compromiſſum ubique valeat argumentum BÖHMER *Jur. Eccl. Proteſt. Tit. de arbitris §. IX.*

## Tit. V.

## De foro competente.

### Aphor. I.

FORUM REI) Quod vel ratione perſonæ vel ratione cauſæ agnoſcit. Atque hoc actor præciſe ſequi debet, illud autem nonnunquam elective cum alio foro concurrit. Poſterius ſingularem legis diſpoſitionem præſupponit, cui ſemper lex prohibitiva ineſt, ne cauſa coram alio judice pertractetur. Prius vel ordinarium eſt, idque in regula omnes ſubditi agnoſcunt coram magiſtratu loci, vel privilegiatum, quando Princeps ob peculiarem perſonæ favorem, quem a jurisdictione magiſtratus ordinarii eximit, eique ſpeciale forum aſſignat, idque in lege magis permiſſiva nititur, cui in ſingularibus cauſis renunciare quis poteſt. Inde conſtat, competentiam fori unice ex jurisdictione æſtimandam eſſe.

RA-

Ratione domicilii ) Cum quo tamen non confundendum forum originis, quod itidem forum generale est, & olim quidem vel commune erat, ab omnibus subditis Reip. Romanæ in urbe Roma agnoscendum *L. XXIV. de judic. L. XXXIII. ad municip.* vel singulare, ibi fundatum, ubi quis oriundus erat, etiamsi domicilium alibi constituisset, idque cum filiis legitimis pater, cum illegitimis mater communicabat *L. VI. §. I. L. XXXII. Eod.* Prius vero in Germania applicari nequit, cum non liceat, ut quis subditos Statuum Imperii ad suprema Imperii judicia evocet. Posterius etiam in Germania cessat, simulac quis domicilium alibi constituit. Sic vero in duplici casu solum attenditur 1) in eo, qui alicubi degit, absque intentione tamen, ibi domicilium constituendi Mevius *P. III. Decis. LXXI. & P. V. Decis. CLXIII.* 2) in eo, qui ubique est. Illum enim ubicunque locorum, ubi deprehenditur, convenire licet Et si nullibi deprehendatur, ad forum originis edictaliter evocari potest.

## Aphor. II.

Ut ibi perpetuo habitet ) Domicilii constitutio & mutatio regulariter est liberæ voluntatis *L. XXXI. D. ad municipal.* quousque lex hanc facultatem non restringit. Quod fit in eo, qui domicilium habet, idque alibi in præjudicium magistratus ordinarii constituere vult. Interest vero magistratus, ne catervatim subditi emigrent. Interest ejusdem, ne quis, quem peculiare

liare vinculum ad certum locum adſtringit, proprio auſu nexum turbet. Et eatenus ipſum INSTRVM. PAC. WESTPH. *art. V. §. XXXV.* arbitrium emigrantium reſtringit, ſola cauſa religionis excepta. add. STRYCK. *de reſign. jur. civitat.* Præterea Leges Romanæ hodie etiam hoc in argumento agnoſcendæ ad forum mariti uxorem *L. fin. §. III. D. ad municip.* infantem & furioſum ad forum patris, coheredes, quousque hereditas jacet, vel ſi defunctus judicium jam accepit, ad forum defuncti adſtringunt *L. XIX. pr. L. XXXIV. de judic.* STRYCK. *ad Lauterbach. p. 104.* Quatenus vero lex etiam liberam domicilium conſtituendi facultatem relinquit, permittit tamen, ut magiſtratus, ſub cujus tutela quis hucusque vixit, in compenſationem tutelæ cenſum quendam emigrationis exigere poſſit a diſcedente, quem cenſum quis, in quibus caſibus, & cui ſolvere debeat, conſuetudinis potius, quam certæ legis eſt. BEYER. *Spec. Jur. German. Lib. I. cap. XX.* Cæterum, ut quis domicilium alicubi agnoſcere debeat, requiritur I) habitatio, II) cum animo, ibi perpetuo ſedem fixam habendi. Neque igitur ſola domus poſſeſſio, neque ſola habitatio, neque certi temporis lapſus, neque translatio majoris bonorum partis per ſe domicilium facit, ſed de animo conſtare debet. Et hic quidem, ſi expreſſe declaretur, dubium non relinquit. Non declaratus autem tum demum præſumi poteſt, ſi quis aliam eamque juſtam, cur alicubi commoretur, allegare & probabilem reddere

dere nequit causam. *L. XVII. §. XIII. ad municip.* STRVV. *Ex. IX. th. XXV.* MEVIVS *P. V. Decis. CLXII.* Ut sic res omnis de constitutione & transmutatione domicilii ab arbitrio judicis fere dependeat CARPZOV. *Lib. II. Resp. XXIII.* LAVTERBACH. *de domicil. cap. III.* Plane magistratui jus competere, ut eum, qui absque justa causa diu in oppido habitat, vel ad jus civitatis acquirendum compellat, vel exire jubeat, docet GAIL. *Lib. II. Obs. XXXV.* STRVV. *Exerc. L. thes. LII.*

## Aphor. V.

SIVE IN REM AGAT ) Sive res mobilis sive immobilis sit, sive sub judice domicilii, sive alibi sita sit *L. LXVI. in fin. ad SCtum Trebell.* Quod tamen intellige de casu, quando adhuc inter eum, qui in rem agit, & alterum controversia est de re ipsa & jure in re competente, ut tum judex domicilii cognoscere, & litem sententia finire possit. Quoties enim constat jam certo, cujusnam res sit, idque agat actor, ut possessori eadem ipsa per executionem vel immissionem adimatur, necesse est omnino, ut judicis rei sitæ auctoritas accedat *L. un. C. ubi de moment. possess.*

## Aphor. VI.

IBI REPERIATVR ) Ut quis in foro contractus judicium suscipere debeat, requiritur I) agi de contractu implendo BRVNNEMANN *ad L. II. C. ubi & apud. quem.* II) qui in loco, ubi actio instituitur, consummationem accepit. Est autem

autem locus consummationis, ubi solutio facienda vel res tradenda *L. XXI. D. de Obligat. & action. L. XIX. §. I. D. de judic.* vel si de consummatione nil dictum est, ubi contractus perfectionem accepit, per consensus interpositionem *d. L. XIX.* ubi scriptura accessit *L. XVII. C. de fide instrum.* si inter absentes res geritur, ubi acceptatio facta. III) ut illi, qui promissa denegat, prima minimum citatio in foro contractus insinuetur *c. I. §. III. de foro competent. in 6to.* Sic vero subsidiariam citationem ad requisitionem judicis fori contractus insinuatam absens impune contemnit GAIL. *L. II. Obs. XXXVI. n. 14.*

## Aphor. VIII.

LICET AVFVGERIT) Innititur forum delicti regula, quod delinquens delinquendo se obliget ad poenam subeundam. Sic vero judex loci, ubi delictum perpetratur, ratione poenæ jus quæsitum habet. Indeque forum delicti ex persona delinquentis in dubio est æstimandum. COCCEJVS *Diss. de fundat. & in territ. & plur. loc. concurr. potest. Tit. IV. §. XIX.* & in confinio si delictum commissum, uterque judex cognoscit CARPZOV. *Pr. Crim. qu. CX. n. 37.* Interim perinde est, utrum delictum inchoatum, an consummatum. Sub uno tamen judice inchoatum & sub altero consummatum locum facit præventioni *L. I. C. Ubi de crimin. L. I. C. ubi Senat.* Imo & contra absentem de jure Rom. recte proceditur *L. XXII. de accusat.* Nov. *CXXXIV. cap. V.* de jure hodierno, cur eadem dispositio locum non habeat, suffi-

ſufficiens dubitandi ratio vix adeſt, cum vi *L. XXVIII. §. XV. D. de poenis* Reipublicæ interſit, ut exemplum ſtatuatur in loco, ubi delictum commiſſum, ut alii deterreantur. Et docet experientia, judicem fori delicti delinquentem non perſequi ſolum literis arreſtatoriis, mit Steckbriefen, ſed & in delictis levioribus eundem adhibere citationem edictalem.

DEPREHENDITVR REVS) Quod forum tamen jus judicis fori delicti quæſitum ei invito intervertere nequit. Nam urgente illo reus ad forum delicti erat remittendus *L. VII. §. IV. L. ult. de accuſat. L. XXVIII. §. penult. D. de poen.* NOV. *CXXXIV. cap. V.* Hodie vero, niſi forum delicti jam per citationem realem fundatum, vel ex diſpoſitione legis peculiaris remiſſio præciſe facienda ſit CARPZOV. *Pr. Crim. qu. LX. n. 54. ſqq. Introd. noſtr. ad Jus Sax. P. III. Sect. III. Ex. II. §. II.* fortius eſt forum deprehenſionis foro delicti, ita quidem, ut in deprehendentis judicis arbitrio ſit, velitne remittere delinquentem, nec ne. Ex inveterata tamen conſuetudine judices remiſſionem non facile denegare, ſed delinquentem acceptis literis reverſalibus, de non præjudicando jurisdictioni & pari officio in caſu ſimili præſtando, nec non exſolutis ſportulis judicialibus, ad forum delicti remittere ſolent, quando id judex fori delicti urget. STRYCK. *Uſ. Modern. Dig. tit. de judic. §. XXVII.* MILIVS *Diſſ. de remiſſione facinoroſ.* MÜLLER. *Diſſ. de literis reverſalibus.* Quodſi vero judex fori deprehenſionis remiſſionem,

quod

quod facere potest, deneget, non tamen aliam poenam in delinquentem statuere potest, quam quæ obtinet in loco delicti ZIEGLER. *Diss. de poen. §. LIII.* Nec tamen delinquens in foro deprehensionis semel punitus, in foro delicti postea denuo puniti potest WERNHER. *P. VII. Obs. XLI.*

## Aphor. IX.

SED ET MOBILES) Dubitat de hac re BEYER. *in Digest. tit. de judic. §. CX.* nec admittit explicationem verborum: *situm esse* per verba: *deprehendi in loco.* Et si dicendum, quod res est, actio illa de re mobili in loco, ubi deprehenditur, instituta, non multum efficaciæ habebit, nisi actor simul curet, ut arrestum impetret, quod tamen absque justa causa judex decernere non solet.

## Aphor. X.

EJUSMODI FORUM CONSTITUATUR) Est itaque arrestum medium judiciali auctoritate rem, in loco non permansuram, vel facile de loco in locum transportandam, in certo loco detinendi. Idque præterea, quod securitatem præstet, ne res intervertatur, eum habet effectum, ut jurisdictio judicis alias incompetentis prorogetur, sic vero is quoque, qui alibi degit, ejus judicium, tanquam in foro rei sitæ, agnoscere debeat. Quia, tamen existimatio ejus, cui arrestum denunciatur, paulisper læditur, non facile judex eum decernit, sed impetrans arrestum demonstrare debet prius, justam adesse rem detinendi causam, &, nisi detineatur, se suum difficulter consecuturum. Est & aliud ar-

resti

resti genus, Saxonibus præsertim cognitum, quo contra debitorem obæratum utuntur creditores non privilegiati eo effectu, ut jus reale acquirant, quo de argumento infra videbimus.

## Aphor. XI.

FEUDUM NON CONCERNENTIBUS) Generatim nexus feudalis in omnibus iis territoriis, in quibus Jus Landsassiatus viget, Vasallum, omnesque reliquos, qui successionem in feudo sperant, eoque nomine eventuale juramentum fidelitatis præstant, obligat, ut jurisdictionem Domini directi in personalibus etiam negotiis agnoscant. Vi enim Vasallagii se domino directo simul ut domino territoriali subjiciunt, absque distinctione, sive domicilium in territorio habeant, sive alibi degant, etiamsi imperio alias immediate subsint. INSTR. PAC. WESTPH. *art. V.* §. *XXVIII.* Hoc jus Landsassiatus maxime in iis provinciis viget, quæ territoria clausa dicuntur. Nec ideo ad Saxoniam solum, de qua late CARPZOV. *Diss. de jur. ac privil. Duc. Saxon. de non appell.* restringendum est, sed in aliis etiam Germaniæ regionibus viget. Conf. MENCKE *Diss. de vi superior. territor. in territor. imper. clauf.* Cæterum, quam sancte colant Status Imperii hoc jus, patet ex CAPITUL. CAROL. *art. XV.* in quo ab Imperatore sibi stipulati sunt, daß er keinen Landsassen von eines Standes Bothmäßigkeit und Jurisdiction weder unter dem Prætext der Lehnsherrschafft, noch einem andern Scheine eximiren und befreyen, noch solches andern gestatten wolle.

Aph.

## Aphor. XII.

VEL VENIT ) Deducitur continentia vel ex identitate causarum, vel ex conjunctione causarum. Illa adest, vel ratione personarum, vel ratione rerum. Prior, quæ personas respicit, præsupponit casum, plures personas, quæ diversas jurisdictiones agnoscunt, ex una eademque causa alicui esse obligatas v. c. plures tutores, vel legatarios. Posterior, quæ ad res spectat, de casu accipienda est, quando, quis, vel plures res, sub diversa jurisdictione sitas, jam obligatas habet, v. c. res, quæ ad hæreditatem pertinent, vel obligatas habere cupit, v. g. per arresti generalis impositionem. Atque his omnibus in casibus judicem, qui ratione omnium personarum vel rerum competens est, quando haberi potest, adire & judices singulo intermedios prætergredi possumus. Si vero non adsit judex omnibus superior, causa dividenda est. Continentia vero, quæ ex conjunctione causarum oritur, causam connexam ad illud forum trahit, in quo altera causa ventilata fuit. Ita judicium principale coram judice tractatur, qui de præparatorio judicavit. Ita in judicio conventionis cognoscitur causa reconventionis. Judex, qui de possessorio judicavit, & in petitorio litem terminat. Ubique tamen præsupponendum est, esse judicem, ratione causæ, quæ connexa dicitur, competentem. Nam v. c. judex quidem secularis de possessorio in causa Ecclesiastica, non vero de petitorio cognoscere potest.

## Aphor. XIII.

Ratione personarum ) Utriusque fori privilegiati efficaciam jam sæpius indicavi. Forum enim causæ privilegiatum prohibitionem continet, adeoque ejus renunciatio non est privati arbitrii. Forum personæ privilegiatum in permissivo jure consistit, cui, nisi lex sigillatim obstet, renunciare licet.

## Aphor. XIV.

In criminalibus causis ) Originem jurisdictionis Ecclesiasticæ a diverso respectu Reipublicæ secularis & Ecclesiasticæ & præeminentia putativa Ecclesiæ desumendam late exponit Böhmer. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XXXI.* & in indolem ejus inquirit Stryck. *in Differt. de origine & indole jurisdict. Eccles.* Pertinet vero hoc forum partim ad personas Clericorum, partim ad causas Ecclesiasticas. Et harum intuitu omnes omnino etiam non Clerici forum Ecclesiasticum præcise agnoscere debent. Personalia vero Clericorum negotia quod attinet, sive ex facto licito, sive ex facto illicito dependeant, ratione cognitionis, decisionis & executionis sibi vindicat judex Ecclesiasticus, &, quando poena, remotione gravior applicanda venit, quæ corpus afficit, vel vita privat, clericum prævia degradatione Canonica in statum laicorum prius detrudendum, judici seculari tradit puniendum, quæ degradatio, utut ab erroneo principio, nullam laicum in clericum qua talem exercere posse juris-

di-

dictionem, dependeat, tamen a nostratibus usurpatur, ex ratione, ne forsan scandalum homines ex plebe accipiant add. KRAVSII *Diss. de degradat. Canon.*

RECTORE SVO SVNT CONVENIENDI) In negotiis personalibus, civilibus tamen regulariter, in criminalibus non nisi ex speciali privilegio. Utut vero Academiæ in criminosos animadvertere nequeant, habent tamen jus coercendi immorigeros per modum censuræ, eo effectu, ut civitate Academica eos privare possint. Nec facile ipsis ob reliqua crimina denegatur jurisdictio, quatenus in cognitione consistit. Et, peracta cognitione, si appareat, delictum inquisitione dignum & poena corporis afflictiva aut capitali afficiendum non esse, & decisio & executio Academiæ competit. Quare, si jurisdictio criminalis tertio in cives Academicos concessa sit, non sufficit, crimen esse commissum, ut Academia excludatur, sed requiritur, ex causæ cognitione ab Academia peragenda apparere, crimen ita qualificatum esse, ut poena corporis afflictiva vel capitalis sequi possit. add. WERNHER. *P. I. Obs. CCLXXXVI.*

MAGISTRO MILITVM) Quod iterum personale forum est, ad actiones licitas & illicitas citra distinctionem extendendum. Quoad delicta vero jus Romanum destinguit ea intentione, ut delicta a milite, qua milite, commissa solus judex militaris, delicta vero a milite, qua subdito, perpetrata & judex ordinarius per modum præventionis punire possit *L. II. D. de re militar.* Hodie vero

 id

id unice a dispositione principis dependet, quo usque militare forum privilegiatum esse, & quas causas ipsi subesse, quas exemtas velit. add. STRYCK. *Us. Modern. Digestor. tit. de re militar. §. II.*

QVADAM DEGENTIVM) Quod privilegium itidem in eo consistit, ut ministri Principis, in personalibus, jurisdictioni magistratus oppidani sint exemti, vbicunque locorum degerint, & Principem judicem solum agnoscant. Cæterum a Ministris & Officialibus Principum distinguuntur plerumque illi, qui famulitium & servitium Principi, ejusque conjugi & familiæ præstant, quippe qui coram aulæ Mareschallo in personalibus causis civilibus conveniuntur, & coram eodem censuram morum subeunt. STRYCK. *de for. ministr. Princ. cap. II.*

AVSTREGAS VOCANT) A voce austragen, vertragen, amicabiliter componere. Est vero Jus Austregarum privilegium primæ instantiæ ab Imperatore eo in fine singulis Imperio immediate subjectis concessum, ut prius, quam coram arbitris causa controversa tractata sit, ad Judicia Imperii suprema evocari nequeat. Non itaque est privilegium Statuum Imperii, qua talium, cum Doctores juris publici doceant, quosdam Status Imperii eo non uti, alios, qui status non sunt, eo gaudere. Sed unice illi ad Jus Austregarum provocare possunt, quibus id per privilegium est concessum.

## Aphor. XV.

NE QVIDEM PER INDIRECTVM) Et sic ne

ne per Commiſſiones quidem ipſe Princeps judici inferiori facile præjudicium infert, niſi judex inferior ſuſpicione laboret. Imo ſi levis ſit ſuſpicio, moris eſt, ut judici Comiſſarius potius adjungatur, quam cauſa tertio cum excluſione judicis ordinarii committatur.

CONVENIRE LICET ) Sunt perſonæ miſerabiles, quæ fortunæ injuria miſerabiles ſunt, forſan, quod eum, quem nutritorem & defenſorem habebant, amiſerint, vel diuturno morbo fatigati, vel per calamitates poſſeſſionibus ſuis privati ſint. Et hi, ſive agant, ſive conveniantur, privilegio *L. unic. C. quand. Imperat. inter pupill.* uti poſſunt. Non tamen facile ad hanc legem provocant, judicio jam in prima inſtantia accepto & lite pendente, niſi juſta adſit avocationis cauſa. LEYSER. *Spec. LXXVIII. med. V. ſq.*

## Tit. VI.
## De Judicis Habilitate.
### Aphor. I.

NON ADSINT CAVSAE SVSPICIONIS ) Imo potius inhabilitas judicis eſt vel abſolute talis, vel ſecundum quid. Primo enim judex generatim non eſſe poteſt, niſi iis qualitatibus ſit inſtructus, quæ illi, qui juſtitiam adminiſtrat, neceſſario cohærere debent. Habeat nimirum judicium diſcretivum & ſcientiam legalem. Quæ, quamvis ex moribus Germaniæ adeſſe non debeat in eo, qui jurisdictionem patrimonialem exercet, procul dubio tamen deeſſe non poteſt hujus delegato. Licet vero judex omnibus iſtis qua-

litatibus sit instructus, fit tamen inhabilis secundum quid, quando ex circumstantiis apparet, caussam pertractandam ad eum vel directo vel per indirectum pertinere, eumque probabiliter partium studio fore deditum. Exempla vide in ZIEGLERI *Dicast. Concl. XIII.*

## Aphor. II.

INTEGRVM COLLEGIVM, VT SVSPECTVM) Regulariter nempe collegium recusari non potest, cum vix casus existat, ut causa ventilanda singulos suspectos reddat; Sic vero, cum jurisdictio cum toto Collegio communicetur, causa decidi possit, etsi suspectus a decernendo abstineat arg. *L. VII. §. II. quod cujusque univers.* ZANGER. *de Exception. P. II. cap. IV. n. 17.* CARPZOV. *Lib. II. Resp. XI. n. 21.* Verum enim vero id indistincte defendere non possumus, quod integro Collegio exceptio recusationis opponi nequeat. Quid enim, si maxima pars suspecta sit, & reliqui dijudicandæ causæ impares sint? Quid si unius auctoritas præponderet? MEVIVS *P. I. Decis. XCIV.* Quid si causa ipsa ita comparata sit, ut contra singula membra suspicio de partium studio oriatur? Quale exemplum contigit olim, cum Camera Spirensis, cujus Assessores omnes Pontificiæ religioni erant addicti, jus decidendi causam Protestantium sibi assereret. add. STRAVCH. *in Exerc. exoter. ultim.*

## Aphor. III.

COGNOSCAT ET DIRIMAT) In genere consultum est, ut exceptione recusationis parce uta-

utamur, nec facile de avocanda causa a judice ordinario cogitemus. Ista enim exceptio intempestive opposita, maxima incommoda parit. Potest Judex alias æquus nunc adversarius fieri, & excipienti se in aliis caussis inimicum ostendere. Potest excipiens, si causam recusationis probare nequit, actionem injuriarum in se provocare. Potest judex superior querelam de suspecto judice vilipendere, eique causam cum ingenti excipientis damno pertractandam relinquere. Præstat igitur id capere consilii, quod *L. IX. D. de suspect. tutor.* suppeditat, & ut famæ judicis parcamus, adjunctionem Commissarii petere.

## Aphor. IV.

PROBARI DEBET) Quam sæpius difficilem tamen, & semper periculosam probationem evitabit ille, qui in juramento perhorrescentiæ refugium quærit, in *cap. II. de Rescript. in 6to* fundatum, vi cujus asserit, se non credere judicem ordinarium æquum in hac causa judicem futurum. Quod enim nonnulli putant, nec ad hoc juramentum quem posse admitti, non probata causa suspicionis, id omnino falsum est, cum certe evitandæ probationis & conservandæ famæ judicis causa juramentum sit introductum. Nec recte rationes subducunt, qui cum MEVIO *P. VI. Decis. LXXI. n. 4.* reum quidem, non vero actorem ad illud jusjurandum admittunt, cum nulla diversitatis sufficiens ratio appareat, eademque ratione, qua reus, & actor gravari possit.

## Tit. VII.
## De Causa in judicium deducta.
### Aphor. I.

VEL EST ECCLESIASTICA) Quæ generatim ea dicitur, quam ex suffragio Pontificiorum Ecclesia repræsentativa, sive Clerus, vel, ut ad principia Protestantium definitio magis accommodetur, quam Princeps a cognitione judicis ordinarii exemtam, & a judice Ecclesiastico decidendam esse jussit. Idque in se spectatum tolerari potest, cum a Principis arbitrio unice dependeat, quem cujusque causæ judicem velit. Illi vero, qui judiciorum Ecclesiasticorum constitutionem ex necessitate quadam derivant, cum Pontificiis errant, cum ficta illa Respublica Ecclesiastica indoli Ecclesiæ repugnet, & Ecclesia magis, ut collegium æquale in Republica consideranda sit, quod in externis directionem superioris æque ac aliud Collegium, quod secularem finem habet propositum, agnoscere debet. Reliquas distinctiones causæ in judicium deductæ vel ideo silentio lubens prætereo, quia de natura & indole actionum realium, personalium, & possessoriarum, quæ vel summarie vel ordinarie pertractantur, alibi jam diximus.

## Tit. VIII.
## De forma procedendi seu ipso ordine procedendi in judicio.
### Aphor. I.

MODVS LEGITIMVS) Omnis causæ controversæ disceptatio ad certam regulam a lege præscriptam est accommodanda, nec

nec judici licet, tacente lege, aliam ſubſtituere, nec parti integrum eſt, invita altera parte, a regula recedere. Generatim vero cum ordo naturalis, quem ſupra jam expoſuimus, tum ordo legalis, qui in ſolennitate a lege ſuperaddita conſiſtit, præciſe ſervandus eſt. Lex ipſa vero aliquando permittit, ut ob cauſæ qualitatem judex regulam vilipendere & ex arbitrio magis prudenti litem decidere poſſit, modo, quæ ad eſſe diſceptationis pertinent, non omittat. Hoc vero nomine proceſſus dividitur in regularem & irregularem. Ipſe vero regularis ex legis diſpoſitione varius eſt. Vel enim judex & pars ſtricte inhærere debent omnibus ſolennitatibus, quod, quousque lex aliam regulam non ſubſtituit, ſemper fit, isque proceſſus ordinarius vocatur, vel lex permittit, ut celerius & remiſſis ſolennitatibus procedi poſſit. Idque fit, vel ita, ut, obſervato ſolum ordine naturali, cauſæ diſceptatio inſtituatur, qui ſummarius vocatur proceſſus, vel ita, ut & ordo naturalis invertatur, qui executivus proceſſus dicitur. Parit autem proceſſum executivum partis adverſæ ſcripta confeſſio, vel aliud inſtrumentum, ex quo omnia capita libelli ſtatim liquida fieri poſſunt. Summarius vero proceſſus a privilegio cauſæ dependet, quod vel ex mera principiis gratia proficiſcitur, vel rationem habet, ne cauſæ diſcuſſio, per obſervationem ſolennium diutius dilata, vel parti vel Reipublicæ inſigne detrimentum afferat.

## Aphor. III.

Ab insistendo) Imo dixeris potius, in-

tia, condonet, & libellum nihilosecius recipiat. Et prior quidem effectus non facile est denegandus clausulæ isti, quam vocant, salutari, quamvis judex etiam non imploratus officium nobile impertire, atque errantem in rectam viam deducere, adeoque & fructus, damna, expensas, usuras, quarum mentionem non fecit actor, adjudicare deberet. Quod autem ad vitia libelli attinet, quæ, quam varia sint, vide in BASTINELLERI *Differt. de vitiis libelli*, vix iste, ut vulgo putant, effectus clausulæ est, ut defectum libelli formalem, obscuritatem vel contrarietatem sanet, sed ea tantum vitia sanabit, quæ in accidentalibus occurrunt. Quamvis, quia judex æquus & hæc non imploratus facile condonabit, merito clausulam ipsam eo nomine superfluam dixeris, vid. STRYCK. *Differt. de clausula salutari libellorum.* De reliquis clausulis, quæ libello admisceri solent, vide LUDOVICI Einl. zum *Civil-Processf. cap. IX. §. XXVIII. sqq.*

CITATIO DECRETA A JUDICE) Hodie nempe citatio, quæ olim apud Romanos privata in jus vocatione & obtorto collo peragebatur, publica auctoritate facienda, nec nisi a judice, eo nomine implorato, emittenda est. Cessat enim specialis illa ratio, quæ Romanos invitos ex domo sua vel ex alio loco, cui ob cultum Deorum reverentia habenda erat, evocare prohibebat *L. XV. de in jus vocand.* SCHILTER. *Exerc. VII. th. VII.* Et quia hac ratione, quæ publice & magistratus auctoritate fit citatio, nihil ignominiæ &

vio-

violentiæ ſecum habet, non opus eſt, ut eam, quam ex hoc principio Romani prohibitam judicabant perſonarum, quibus reverentia debebatur, in jus vocationem absque veniæ impetratione *L. IV. ſqq. L. XIII. D. & L. III. C. Eod.* noſtra ætate quoque inter illicitas referamus. Interim, ut judex demum imploratus, & ad inſtantiam partis, non vero ex officio citationem decernat, omnino neceſſe eſt. GAIL. *Lib. I. Obſ. L.* eaque ipſa ita ad formam proceſſus pertinet, ut in nulla cauſa, etiamſi vel maxime privilegiata, notoria, vel etiam reus præſens ſit, citra vitium nullitatis omitti poſſit. CLEMENT. *Sæpe de Verbor. ſignif. L. I. pr. D. de edend.* STRVV. *Exerc. V. th. X.* cum is generatim citationis ſit finis, ut reus non niſi præparatus ad judicium veniat, ſufficiensque ſpatium conſequatur deliberandi, utrum cedere, an contendere velit.

LOCVS ET DIES) Omnia hæc requiſita rationem habent neceſſariam. Intereſt enim citati, ut ſciat, an judex ſit competens, an contra ſe actio inſtituta, quis ſit ille, cum quo judicium ſuſcipere debet, & utrum ſtandi perſonam habeat in judicio. Nec præparatus venire poteſt, niſi cauſa innoteſcat, nec de actu expediendo cogitare, niſi eum judex exprimat. Scire etiam debet, an locus, ubi comparendum eſt, ſit tutus & honeſtus. Terminum ipſum comparitionis juridicum & congruum eſſe iubent leges, præcaventque, ne ob anguſtiam termini iuſta reo oriatur querendi cauſa. Cæterum ſi iudex ordinarius citat,

## Aphor. XIII.

RATIONE PERSONARUM ) Utriusque fori privilegiati efficaciam jam sæpius indicavi. Forum enim causæ privilegiatum prohibitionem continet, adeoque ejus renunciatio non est privati arbitrii. Forum personæ privilegiatum in permissivo jure consistit, cui, nisi lex sigillatim obstet, renunciare licet.

## Aphor. XIV.

IN CRIMINALIBUS CAUSIS ) Originem jurisdictionis Ecclesiasticæ a diverso respectu Reipublicæ secularis & Ecclesiasticæ & præeminentia putativa Ecclesiæ desumendam late exponit BÖHMER. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XXXI.* & in indolem ejus inquirit STRYCK. *in Dissert. de origine & indole jurisdict. Eccles.* Pertinet vero hoc forum partim ad personas Clericorum, partim ad causas Ecclesiasticas. Et harum intuitu omnes omnino etiam non Clerici forum Ecclesiasticum præcise agnoscere debent. Personalia vero Clericorum negotia quod attinet, sive ex facto licito, sive ex facto illicito dependeant, ratione cognitionis, decisionis & executionis sibi vindicat judex Ecclesiasticus, &, quando poena, remotione gravior applicanda venit, quæ corpus afficit, vel vita privat, clericum prævia degradatione Canonica in statum laicorum prius detrudendum, judici seculari tradit puniendum, quæ degradatio, utut ab erroneo principio, nullam laicum in clericum qua talem exercere posse juris-

di-

dictionem, dependeat, tamen a nostratibus usurpatur, ex ratione, ne forsan scandalum homines ex plebe accipiant add. KRAUSII *Diss. de degradat. Canon.*

RECTORE SUO SUNT CONVENIENDI) In negotiis personalibus, civilibus tamen regulariter, in criminalibus non nisi ex speciali privilegio. Utut vero Academiæ in criminosos animadvertere nequeant, habent tamen jus coercendi immorigeros per modum censuræ, eo effectu, ut civitate Academica eos privare possint. Nec facile ipsis ob reliqua crimina denegatur jurisdictio, quatenus in cognitione consistit. Et, peracta cognitione, si appareat, delictum inquisitione dignum & poena corporis afflictiva aut capitali afficiendum non esse, & decisio & executio Academiæ competit. Quare, si jurisdictio criminalis tertio in cives Academicos concessa sit, non sufficit, crimen esse commissum, ut Academia excludatur, sed requiritur, ex causæ cognitione ab Academia peragenda apparere, crimen ita qualificatum esse, ut poena corporis afflictiva vel capitalis sequi possit. add. WERNHER. *P. I. Obs. CCLXXXVI.*

MAGISTRO MILITUM) Quod iterum personale forum est, ad actiones licitas & illicitas citra distinctionem extendendum. Quoad delicta vero jus Romanum destinguit ea intentione, ut delicta a milite, qua milite, commissa solus judex militaris, delicta vero a milite, qua subdito, perpetrata & judex ordinarius per modum præventionis punire possit *L. II. D. de re militar.* Hodie vero

id unice a dispositione principis dependet, quo usque militare forum privilegiatum esse, & quas causas ipsi subesse, quas exemtas velit. add. STRYCK. *Us. Modern. Digestor. tit. de re militar. §. II.*

QVADAM DEGENTIVM) Quod privilegium itidem in eo consistit, ut ministri Principis, in personalibus, jurisdictioni magistratus oppidani sint exemti, vbicunque locorum degerint, & Principem judicem solum agnoscant. Cæterum a Ministris & Officialibus Principum distinguuntur plerumque illi, qui famulitium & servitium Principi, ejusque conjugi & familiæ præstant, quippe qui coram aulæ Mareschallo in personalibus causis civilibus conveniuntur, & coram eodem censuram morum subeunt. STRYCK. *de for. ministr. Princ. cap. II.*

AVSTREGAS VOCANT) A voce austragen, vertragen, amicabiliter componere. Est vero Jus Austregarum privilegium primæ instantiæ ab Imperatore eo in fine singulis Imperio immediate subjectis concessum, ut prius, quam coram arbitris causa controversa tractata sit, ad Judicia Imperii suprema evocari nequeat. Non itaque est privilegium Statuum Imperii, qua talium, cum Doctores juris publici doceant, quosdam Status Imperii eo non uti, alios, qui status non sunt, eo gaudere. Sed unice illi ad Jus Austregarum provocare possunt, quibus id per privilegium est concessum.

## Aphor. XV.

NE QVIDEM PER INDIRECTVM) Et sic ne

ne per Commiſſiones quidem ipſe Princeps judici inferiori facile præjudicium infert, niſi judex inferior ſuſpicione laboret. Imo ſi levis ſit ſuſpicio, moris eſt, ut judici Comiſſarius potius adjungatur, quam cauſa tertio cum excluſione judicis ordinarii committatur.

Convenire licet ) Sunt perſonæ miſerabiles, quæ fortunæ injuria miſerabiles ſunt, forſan, quod eum, quem nutritorem & defenſorem habebant, amiſerint, vel diuturno morbo fatigati, vel per calamitates poſſeſſionibus ſuis privati ſint. Et hi, ſive agant, ſive conveniantur, privilegio *L. unic. C. quand. Imperat. inter pupill.* uti poſſunt. Non tamen facile ad hanc legem provocant, judicio jam in prima inſtantia accepto & lite pendente, niſi juſta adſit avocationis cauſa. Leyser. *Spec. LXXVIII. med. V. ſq.*

## Tit. VI.

## De Judicis Habilitate.

### Aphor. I.

Non adsint cavsae svspicionis ) Imo potius inhabilitas judicis eſt vel abſolute talis, vel ſecundum quid. Primo enim judex generatim non eſſe poteſt, niſi iis qualitatibus ſit inſtructus, quæ illi, qui juſtitiam adminiſtrat, neceſſario cohærere debent. Habeat nimirum judicium diſcretivum & ſcientiam legalem. Quæ, quamvis ex moribus Germaniæ adeſſe non debeat in eo, qui jurisdictionem patrimonialem exercet, procul dubio tamen deeſſe non poteſt hujus delegato. Licet vero judex omnibus iſtis qua-

litatibus sit instructus, fit tamen inhabilis secundum quid, quando ex circumstantiis apparet, causam pertractandam ad eum vel directo vel per indirectum pertinere, eumque probabiliter partium studio fore deditum. Exempla vide in ZIEGLERI *Dicast. Concl. XIII.*

## Aphor. II.

INTEGRUM COLLEGIUM, UT SUSPECTUM) Regulariter nempe collegium recusari non potest, cum vix casus existat, ut causa ventilanda singulos suspectos reddat; Sic vero, cum jurisdictio cum toto Collegio communicetur, causa decidi possit, etsi suspectus a decernendo abstineat arg. *L. VII. §. II. quod cujusque univers.* ZANGER. *de Exception. P. II. cap. IV. n. 17.* CARPZOV. *Lib. II. Resp. XI. n. 21.* Verum enim vero id indistincte defendere non possumus, quod integro Collegio exceptio recusationis opponi nequeat. Quid enim, si maxima pars suspecta sit, & reliqui dijudicandæ causæ impares sint? Quid si unius auctoritas præponderet? MEVIUS *P. I. Decis. XCIV.* Quid si causa ipsa ita comparata sit, ut contra singula membra suspicio de partium studio oriatur? Quale exemplum contigit olim, cum Camera Spirensis, cujus Assessores omnes Pontificiæ religioni erant addicti, jus decidendi causam Protestantium sibi assereret. add. STRAUCH. *in Exerc. exoter. ultim.*

## Aphor. III.

COGNOSCAT ET DIRIMAT) In genere consultum est, ut exceptione recusationis parce uta-

utamur, nec facile de avocanda causa a judice ordinario cogitemus. Ista enim exceptio intempestive opposita, maxima incommoda parit. Potest Judex alias æquus nunc adversarius fieri, & excipienti se in aliis caussis inimicum ostendere. Potest excipiens, si causam recusationis probare nequit, actionem injuriarum in se provocare. Potest judex superior querelam de suspecto judice vilipendere, eique causam cum ingenti excipientis damno pertractandam relinquere. Præstat igitur id capere consilii, quod *L. IX. D. de suspect. tutor.* suppeditat, & ut famæ judicis parcamus, adjunctionem Commissarii petere.

## Aphor. IV.

PROBARI DEBET) Quam sæpius difficilem tamen, & semper periculosam probationem evitabit ille, qui in juramento perhorrescentiæ refugium quærit, in *cap. II. de Rescript. in 6to* fundatum, vi cujus asserit, se non credere judicem ordinarium æquum in hac causa judicem futurum. Quod enim nonnulli putant, nec ad hoc juramentum quem posse admitti, non probata causa suspicionis, id omnino falsum est, cum certe evitandæ probationis & conservandæ famæ judicis causa juramentum sit introductum. Nec recte rationes subducunt, qui cum MEVIO *P. VI. Decis. LXXI. n. 4.* reum quidem, non vero actorem ad illud jusjurandum admittunt, cum nulla diversitatis sufficiens ratio appareat, eademque ratione, qua reus, & actor gravari possit.

## Tit. VII.
## De Causa in judicium deducta.
### Aphor. I.

VEL EST ECCLESIASTICA) Quæ generatim ea dicitur, quam ex suffragio Pontificiorum Ecclesia repræsentativa, sive Clerus, vel, ut ad principia Protestantium definitio magis accommodetur, quam Princeps a cognitione judicis ordinarii exemtam, & a judice Ecclesiastico decidendam esse jussit. Idque in se spectatum tolerari potest, cum a Principis arbitrio unice dependeat, quem cujusque causæ judicem velit. Illi vero, qui judiciorum Ecclesiasticorum constitutionem ex necessitate quadam derivant, cum Pontificiis errant, cum ficta illa Respublica Ecclesiastica indoli Ecclesiæ repugnet, & Ecclesia magis, ut collegium æquale in Republica consideranda sit, quod in externis directionem superioris æque ac aliud Collegium, quod secularem finem habet propositum, agnoscere debet. Reliquas distinctiones causæ in judicium deductæ vel ideo silentio lubens prætereo, quia de natura & indole actionum realium, personalium, & possessoriarum, quæ vel summarie vel ordinarie pertractantur, alibi jam diximus.

## Tit. VIII.
## De forma procedendi seu ipso ordine procedendi in judicio.
### Aphor. I.

MODVS LEGITIMVS) Omnis causæ controversæ disceptatio ad certam regulam a lege præscriptam est accommodanda, nec

nec judici licet, tacente lege, aliam substituere, nec parti integrum est, invita altera parte, a regula recedere. Generatim vero cum ordo naturalis, quem supra jam exposuimus, tum ordo legalis, qui in solennitate a lege superaddita consistit, præcise servandus est. Lex ipsa vero aliquando permittit, ut ob causæ qualitatem judex regulam vilipendere & ex arbitrio magis prudenti litem decidere possit, modo, quæ ad esse disceptationis pertinent, non omittat. Hoc vero nomine processus dividitur in regularem & irregularem. Ipse vero regularis ex legis dispositione varius est. Vel enim judex & pars stricte inhærere debent omnibus solennitatibus, quod, quousque lex aliam regulam non substituit, semper fit, isque processus ordinarius vocatur, vel lex permittit, ut celerius & remissis solennitatibus procedi possit. Idque fit, vel ita, ut, observato solum ordine naturali, causæ disceptatio instituatur, qui summarius vocatur processus, vel ita, ut & ordo naturalis invertatur, qui executivus processus dicitur. Parit autem processum executivum partis adversæ scripta confessio, vel aliud instrumentum, ex quo omnia capita libelli statim liquida fieri possunt. Summarius vero processus a privilegio causæ dependet, quod vel ex mera principiis gratia proficiscitur, vel rationem habet, ne causæ discussio, per observationem solennium diutius dilata, vel parti vel Reipublicæ insigne detrimentum afferat.

## Aphor. III.

AB INSISTENDO) Imo dixeris potius, instan-

ſtantiam vel ſumi in ſenſu Grammatico, vel in ſenſu Juridico. Ibi hoc denotatur, quando quis inſiſtit & urget, ut proceſſus ſecundum ordinem præſcriptum finiatur, eamque ob cauſam, quæ ſuarum partium ſunt, expedit, quæque permittente lege adhibere poteſt media, adhibet. Hic inſtantia eſt, quando quis a judice cauſæ gravatus per ſententiam apud judicem ſuperiorem de gravamine illato conqueritur, eumque implorat, ut cauſa denuo cognita gravamen corrigat. Igitur, quousque judex ordinarius de cauſa cognoſcit, etiamſi per remedia ſuſpenſiva de gravamine corrigendo ſimus ſolliciti, nova inſtantia in ſenſu Juridico non adeſt. Et errant ideo, qui, dum leuterationis vel ſupplicationis remedio utuntur, ſe in nova inſtantia verſari credunt. In eodem ſenſu Grammatico ſumitur inſtantia, quando reus ob contumaciam actoris urget, ut ab inſtantia abſolvatur. Hoc ipſo enim id agitur, ut actor prius litis continuationem coram eodem judice non poſſit urgere, quam præſtiterit expenſas, quibus contumacia ſua cauſam dedit.

## Aphor. IV.

Vel accidentalia) Subſtantialia ſunt, quæ in omni proceſſu regulariter adſunt, & efficiunt, ut proceſſus ſubſiſtere poſſit, nec ideo citra vitium nullitatis abeſſe poſſunt. Et eatenus quidem, quatenus natura rei controverſæ ea adhibere jubet, in omni proceſſu adeſſe debent, quatenus a lege formam certam acceperunt, in proceſſu ordinario minimum obſervanda ſunt. Accidentalia

lia vero dicuntur, quæ non præcise adsunt, sed aliquando processui admiscentur, ejusque ordinem interrumpunt, vel in longius extendunt.

Svpplicatio, das Klage-Schreiben) Sed cave existimes, supplicationem & libellum Sinonyma esse. Supplicatio enim in se spectata est schedula, quam cum libello actor judici porrigit, & in qua petit, ut judex per citationem processum aperiat, atque reo, quod secundum naturam causæ in judicium deductæ expediendum est, in certo termino faciendum injungat. Et eatenus supplicatio neque de substantia processus est, neque allegatione juris & facti, juri contrarii absolvitur. Sed hoc ultimum primaria magis pars libelli est, cum supplicatione exhibiti. Qui tamen & absque supplicatione peculiari subsistit. Sic vero integrum est actori, velitne supplicationem & libellum separare, an unum alteri admiscere. Hoc vero, si fit, libello, postquam facti enarratio præcessit, duplex petitum additur. Alterum, quod terminum præfigendum respicit, quodque actor, si velit, per supplicationem separatim proponere potest, alterum, quod ad litem ipsam in judicium deductam & eo dirigitur, ut judex reum in id, quod præstare vel facere denegat, condemnet.

Nobili officio desvper implorato) Sed, nec hæc imploratio proprie ad supplicationem, sed ad ipsum libellum spectat. Cæterum hac imploratione id efficere studet actor, ut, si quæ omissa petere ulterius potuisset, judex ex officio suppleat, & præterea, si quæ libellus haberet vitia

tia, condonet, & libellum nihilosecius recipiat. Et prior quidem effectus non facile est denegandus clausulæ isti, quam vocant, salutari, quamvis judex etiam non imploratus officium nobile impertire, atque errantem in rectam viam deducere, adeoque & fructus, damna, expensas, usuras, quarum mentionem non fecit actor, adjudicare deberet. Quod autem ad vitia libelli attinet, quæ, quam varia sint, vide in BASTINELLERI *Dissert. de vitiis libelli*, vix iste, ut vulgo putant, effectus clausulæ est, ut defectum libelli formalem, obscuritatem vel contrarietatem sanet, sed ea tantum vitia sanabit, quæ in accidentalibus occurrunt. Quamvis, quia judex æquus & hæc non imploratus facile condonabit, merito clausulam ipsam eo nomine superfluam dixeris, vid. STRYCK. *Dissert. de clausula salutari libellorum.* De reliquis clausulis, quæ libello admisceri solent, vide LUDOVICI Einl. zum *Civil-Processſ. cap. IX. §. XXVIII. sqq.*

CITATIO DECRETA A JUDICE) Hodie nempe citatio, quæ olim apud Romanos privata in jus vocatione & obtorto collo peragebatur, publica auctoritate facienda, nec nisi a judice, eo nomine implorato, emittenda est. Cessat enim specialis illa ratio, quæ Romanos invitos ex domo sua vel ex alio loco, cui ob cultum Deorum reverentia habenda erat, evocare prohibebat *L. XV. de in jus vocand.* SCHILTER. *Exerc. VII. th. VII.* Et quia hac ratione, quæ publice & magistratus auctoritate fit citatio, nihil ignominiæ &

vio-

violentiæ secum habet, non opus est, ut eam, quam ex hoc principio Romani prohibitam judicabant personarum, quibus reverentia debebatur, in jus vocationem absque veniæ impetratione *L. IV. sqq. L. XIII. D. & L. III. C. Eod.* nostra ætate quoque inter illicitas referamus. Interim, ut judex demum imploratus, & ad instantiam partis, non vero ex officio citationem decernat, omnino necesse est. GAIL. *Lib. I. Obs. L.* eaque ipsa ita ad formam processus pertinet, ut in nulla causa, etiamsi vel maxime privilegiata, notoria, vel etiam reus præsens sit, citra vitium nullitatis omitti possit. CLEMENT. *Sape de Verbor. signif. L. I. pr. D. de edend.* STRVV. *Exerc. V. th. X.* cum is generatim citationis sit finis, ut reus non nisi præparatus ad judicium veniat, sufficiensque spatium consequatur deliberandi, utrum cedere, an contendere velit.

LOCVS ET DIES) Omnia hæc requisita rationem habent necessariam. Interest enim citati, ut sciat, an judex sit competens, an contra se actio instituta, quis sit ille, cum quo judicium suscipere debet, & utrum standi personam habeat in judicio. Nec præparatus venire potest, nisi causa innotescat, nec de actu expediendo cogitare, nisi eum judex exprimat. Scire etiam debet, an locus, ubi comparendum est, sit tutus & honestus. Terminum ipsum comparitionis juridicum & congruum esse iubent leges, præcaventque, ne ob angustiam termini iusta reo oriatur querendi causa. Cæterum si iudex ordinarius citat,

tat, nomen officii & expreſſio loci generalis ſufficit. Delegatus vero nomen proprium & locum ſpeciale exprimere debet. Cauſa vero citationis ita exprimitur, ut vel libellus aut ſchedula ab eo, qui terminum impetrat, exhibita, cum reliquis adjunctis, reo communicetur in copia, vel per compendium, quid contineat, citationi inſeratur.

De insinvata citatione) Ipſa inſinuatio, ut neceſſario fieri debeat, cum alias citatio effectum habere non poſſit, ita procul dubio iis facienda ſigillatim, quibus comparitio injungitur, & quidem regulariter ipſi citando in faciem, loco & tempore convenienti per perſonam, cui fides haberi poteſt. Si vero univerſitas citanda veniat, ſufficit, iis inſinuationem fieri, qui eam repræſentant. Si ſingulos concernat, ii vero copiam ſui non faciant, in ſubſidium fieri poteſt ad domum vel ita, ut domeſticis, qui in convictu citati ſunt, & ſub eo tanquam communi familiæ capite vivunt, tradatur, vel ita, ut, ſi nec hi accepτent citationem, in conſpectu eorum reponatur, aut denique quando & hoc faciendi occaſio deficit, valvis ædium affigatur. Quia vero & judicis & partis interſit, ut de rite & legitime facta inſinuatione non ſuperſit dubium, merito ejus peragendæ cauſa adhibetur perſona, quæ jurejurando ſeſe obſtrinxit, ut inſinuationes abſque fraude & fideliter curare & de eadem ipſa ad Acta referre velit. Hujus enim relationi tum fides habetur *L. V. de exact. tribut.* quatenus ea continet, quæ ad officii ſui partes ſpectant.

Aph.

# Aphor. V.

IN CIVILIBUS NON ADHIBETUR ) Nisi quis pacto vel expresso vel tacito, quod v. c. fit in negotio cambiali, ad incarcerationem se obligaverit, vel suspectum se fecerit citandus de fuga. Quod autem in criminalibus adhibeatur, id inde est, quia reus, cui poena gravior imminet, de fuga semper suspectus est. Quare etiam in criminalibus tum non eligitur, quando metus fugæ cessat.

SPECIALIBUS SOLUM CASIBUS ) Quæ tamen omnes facile ad duas classes revocari possunt, quando insinuatio privata vel impossibilis vel difficilis sit.

PER LITERAS SUBSIDIALES ) Quæ tamen effectum tum demum habent, quando causæ controversæ indoles personæ præsentiam in judicio, in quo lis jure ventilatur, exposcit. An vero jure ventiletur lis, ex competentia judicis dijudicandum est. Ne itaque judex incompetens causam, quæ jurisdictioni suæ exemta est, ad se rapiat, necesse est, ut causa ipsa ex literis subsidialibus appareat. Quare, si judices ex more judiciorum conceptionem citationis non judici requisito relinquunt, sed ipsi præoccupant, citationem ipsam patentem & non obsignatam literis adjungere debent. Rogant vero per literas, ut judex requisitus in subsidium juris insinuationem peragendam curet, & tum de exhibitione citationis, tum de ejus insinuatione testimonium ad Acta remittat. Denique, se in casu simili paria referre velle, addunt. Interim facile patet, hanc requisitionem a judice infe-

feriori & ab eo, qui in requisitum potestatem non exercet, fieri debere. Collegia vero, qui nomine Principis justitiam administrant, subditos ejus provinciæ indistincte immediate citant. add. FRANZK. *Lib. I. Resol. XVIII.* BERLICH. *P. I. Decis. LIX.* MARTINI *in Proc. Tit. IV. in Rubrica.*

## Aphor. VIII.

CAUSA SEU MEDIO CONCLUDENDI) Hæc ipsa deesse vel ideo nequit, quia in ea fundamentum intentionis unice positum est, dum judicem informat de jure vel ad personam vel ad rem, ex quo actio enascitur, & ex quo reus actori obligatus est, ad præstandum id, quod in litem deducitur. Et in personalibus quidem actionibus sufficit, ut causam proximam, nempe factum obligatorium & conventionem, allegemus. Nec ineptus est libellus actionis realis, in quo actor jus solum in re in genere tanquam causam proximam allegat. Consultum tamen est, ut & causæ remotæ, sive tituli, ex quo jus reale originem traxit, mentionem injiciat, ne, si forsan actor in probatione juris in re, quod nude allegavit, deficiat, postea, si ex alio titulo jus in re deducere possit, ipsi exceptio rei judicatæ obstet. Conf. *L. XIV. §. II. D. de except. rei judic.* GAIL. *Lib. I. Obs. LXI.* Interim tamen non opus est, ut actor jus agendi legibus & allegatis fulciat, cum jura & leges jam scire debeat judex. Quodsi tamen jus agendi nitatur in lege singulari, cujus existentia non præsumitur, v. c. in privilegio, consuetudine, statuto, eam non allegare solum, sed & probare debet.

SPE-

SPECIALI SIGNIFICATIONE) Hoc eſt, in facti enarratione ſollicite cavere debet, ne in objecto litis obſcuritas remaneat. Sic vero id ipſum ex præſcripto *L. VI. D. de Rei vindic.* rite deſignare, ejusque qualitates commemorare debet, ne poſtea in ipſa adhuc executione dubium oriatur. Verum hanc ſpecialem ſignificationem fieri ſolum poſſe, quando natura objecti litis eam admittit, per ſe patet. Sic in cauſis univerſalibus, ut hereditatis petitione, generalibus e. g. actione tutelæ, & alternativis v. c. actione ſtupri vel ex *L. II. C. de reſcind. vendit.* neque ſpecifice objectum ſignificare, neque ſpecifice petere poſſumus.

PETITIONE) Eſt vero petitum duplex. Alterum ad modum procedendi pertinet, & judicem, quo ordine proceſſus ſit expediendus, inſtruit. Hoc ad eſſentiam libelli non pertinet, & ideo etiam ſeparatim in ſupplicatione, ut diximus, proponi poteſt. Alterum ex medio concludendi & facti narratione deſumitur, &, quem in finem actor conqueſtus ſit, indicat. Idque naturæ inſtitutæ actionis conforme eſſe debere, per ſe patet.

PRAETERRA ETIAM) Cumque inſuper ſæpius conſultum ſit, ut actor plures actiones in uno libello cumulet, diſpiciat ille, ne, dum hoc beneficio utitur, ineptitudo libelli intentioni obſit. Eſt autem cumulatio vel ſubjectiva, vel objectiva. Illa plane prohibita eſt. Nam neque plures, qui non ſunt litis conſortes, contra unum in uno li-

Kkk bello

bello experiri possunt, neque unus plures, qui non sunt corceri debendi, una actione convenire potest. Objectiva autem cumulatio contra unum debitorem, qui ex pluribus causis debet, de jure Communi, ut & de jure Saxonico Electorali in infinitum permittitur, quousque ex diverso modo procedendi confusio non est metuenda.

Est receptus) Sed non est receptus, & potius per Recess. Imper. *de anno 1654.* §. *XXXIV.* & *LXIV.* ex justis rationibus, &, ne tempus inutilibus disceptationibus de pertinentia articulorum teratur, prohibitus Carpzov. *P. I. Const. II. Def. I.* Stryck. *de reject. ab action. cap. II. n. 53.* In criminalibus vero, ubi accusatorie proceditur, eo effectu toleratur, ut reus specifice litem contestetur. Proxime tamen ad libellum articulatum accedere videntur positiones, quibus porrecto libello in foro communi tum utitur actor, si reus negative per omnia ad libellum respondet. Nam his efficere studet, ut ad singulas circumstantias libelli reus respondeat, & ne temere, quæ affirmanda erant, neget, ea vero ratione probationem difficilem reddat, ipse actor libellum in breves positiones redigit, additque juramentum dandorum, a reo vero juramentum respondendorum exigit. Quod satis demonstrat, finem primarium actoris esse, ut se ab onere superflua probandi liberet. Verum plerumque irrito effectu. Reus vero respondens ubique id agere debet, ut officia ejus, qui litem contestatur specifice, impleat. Conf. Stryck. *Diss. de probatione per interrog. adverf.*

add.

*add. c. VI. de juram. calumn.* & CLEMENT. *Sæpe de Verbor. Signif.* BÖHMER. *Jur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. V. §. VII sqq.*

## Aphor. IX.

VNA CVM CONVENTIONE TRACTATVR) Est itaque reconventio reciproca actio, contra actorem instituta, eaque & de jure communi & de jure Saxonico effectum habet prorogationis necessariæ jurisdictionis, ut actor præcise & simpliciter forum judicis, coram quo reum convenit, in reconventione tanquam competens agnoscere debeat, modo egerit proprio nomine BRVNNEMANN *Proc. Civili cap. X. n. 14.* & causa ipsa reconventionis in judicem conventionis sit prorogabilis, illeque istam causam cognoscere possit, vid. *L. XXII. D. de judic.* CARPZOV. *P. I. Const. VII. def. IV.* BRVNNEMANN. *ad L. XI. de jurisdict. n. 4.* Deinde utroque jure & communi & Saxonico Electorali habet effectum simultanei processus, modo reconventio non dependeat ex decisione conventionis *L. X. C. de injur.* & ante litis contestationem in causa conventionis instituatur MEVIVS *P. IV. Decis. CLXVI. P. VI. Decis. LXXXV.* Cæterum in eo discrimen est inter Jus Saxonicum & Commune, quod hoc reconventionem indistincte admittat, etiamsi causa nullam cum conventione habeat connexionem MARTINI *in Proc. Tit. VI. §. I. n. 14.* cum illo jure connexitas causæ adesse debeat WERNHER. *P. I. Obs. CCXXXVII.* &, nisi adsit, lis actori in foro competente movenda sit. Præterea & hoc universale est, quod omni-

bus iis in casibus, ubi reconventio effectum simultanei processus non habet, reus ab actore exigere possit cautionem pro reconventione. Et, licet simultaneo processu expediatur, causa tamen conventionis finita reus a præstatione ejus, quod rei judicatæ inest, se liberare nequit, nisi suadeant circumstantiæ, ut judex eum ad depositionem judicati realem admittat, donec causa etiam reconventionis sit finita.

## Aphor. X.

CONTUMACIA) Triplicis generis est contumacia, quæ a partibus litigantibus committi potest. Primo contumax est, qui sumtus litis, quos parti adversæ vi rei judicatæ exsolvere debet, postquam ad liquidum perducti sunt, admonitus a judice non solvit. Et hic, quousque solutionem differt, ab Actis repellitur vi *L. XV. C. de judic.* fierique potest, ut ad expediendum actum sub præjudicio citatus causam perdat, cum & indignus sit beneficio restitutionis in integrum *L. XXVI. §. VI. in fin. Ex quib. caus. major. fact.* Deinde contumax est, qui citatus emanet. Denique contumax est, qui comparet quidem, sed citationi morem non gerit in expediendo actu. Utriusque idem est effectus. Nam si citatio dilatoria præcessit, expensas adversario restituit, peremtorie citatus, qualis ille dicitur, de jure communi, cui tertia vice comparitio & actus expeditio injungitur MEVIUS *ad Jus Lubec. P. V. Tit. IV. art. I. n. 3.* alias ille, cui sub certo præjudicio judex comparitionem & expeditionem injunxit, præjudicium

ſum illud, quod minatus eſt judex, incurrit, modo tamen hæc concurrant, I) ut citatio antecedens legitimum ſpatium contineat, II) totus dies termini præterlapſus ſit BERGER. *Elect. Diſc. Forenſ. Tit. IV. Obſ. VI. not. I.* Dicitur vero præterlapſus, quando judicis copia amplius haberi nequit III) ut contumacia ab adverſario ſit accuſata, ita quidem, ut doceat ille, citationem rite eſſe inſinuatam, petatque condemnationem in præjudicium, quod citationi inerat GAIL. *Lib. I. Obſ. LV. n. 7.* MEVIUS *P. III. Deciſ. CCXC.* IV) ut ſententia ſequatur, quæ abſentem contumacem declarat RICHTER. *Vol. II. Conſ. CCIX. n. 2.* V) ut abſenti deſint legitima impedimenta. Sunt autem legitima impedimenta, quando abſenti neque dolus neque culpa imputari poteſt, quod non comparuerit. STRYCK. *Diſſ. de impediment. legal.* Putant tamen Doctores, fatuam etiam cauſam à dolo excuſare, ſi abſenti præjudicium, ratione totius cauſæ, immineat. LEYSER. *Spec. XXXIII. med. I.* Quodſi vero conſtet, quem impeditum fuiſſe, ne compareret, non nocet illi, etiamſi impedimentis generaliter renunciaverit *L. IV. §. IX. Si quis caution. in judic.*

QVODSI ERGO ACTOR) Nota generatim, actoris contumaciam recte coërceri poena deſertæ litis. Conſueverunt tamen rei, ut magis ante litis conteſtationem primo abſolutionem ab inſtantia, deinde abſolutionem ab actione petant. In Saxonia Electorali actori vi legis publicæ injungitur proſecutio actionis ſub poena deſertæ litis.

tis. Rei contumaciam ante Litis Conteſtationem accuſandi modus, quem Auctor allegat, vix uſitatus eſt, niſi in proceſſu ſuper malitioſa deſertione inſtituto, & Proceſſu banni. Melius ſibi conſulunt actores, qui poenam confeſſi & convicti, vel, ſi executive agunt, poenam recogniti, vel ſecundum naturam cauſæ in judicium deductæ poenam liquidi, poenamque præcluſi in contumacem decerni curant. Certe in proceſſu ordinario poenam confeſſi & convicti meliorem reliquis omnibus habere effectum, docet LEYSER. *Spec. XXXIII. med. VII.* Solent tamen Jure Communi litem magis pro negative conteſtata habere, quod actorem quidem probatione intentionis onerat, reus vero omnes exceptiones amittit STRYCK. *Introd. ad Prax. Forenſ. cap. VI.* Poſt litis conteſtationem vero, ſive actor, ſive reus contumax ſit, alia via incedendum, & ſigillatim petitum ſecundum naturam actus expediendi formandum eſt.

## Aphor. XI.

ULTRA QVARTAM NON SOLET CONCEDI ) Dilatio proprie ſpatium actibus judicialibus peragendis deſtinatum denotat *L. III. C. de dilat.* Hic ſignificat ſpatii peragendo actui deſtinati prorogationem. Sic vero judex tum demum concedere poteſt dilationem, quando lex terminum non præciſe & ſub poena amittendi juris præſcripſit *auth. hodie C. de appellation.* Reliquos terminos omnes & judex ex officio & ad inſtantiam partis prorogare poteſt. Caveat tamen judex, ne concedat dilationem absque juſta cauſa.

causa. Nam ex falsa causa concessa dilatio habetur pro non concessa BERGER. *Oec Jur. Lib. IV. Tit. XVII. n. 8.* Solent tamen jure Communi primam dilationem ita concedere, ut fidem petenti & impedimentum alleganti simpliciter habeant. Alteram non nisi prævia impedimenti demonstratione summaria, tertiam & quartam demum, cum solennitate legali, id est, cum causæ cognitione & præstito prius juramento calumniæ concedunt. STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap. VIII.* In Saxonia Electorali tres dilationes solum permittuntur, ita, ut, & qui prima vice eam petit, impedimentum demonstrare, sin secunda vice, solennitas legalis accedere debeat. Quod vero minores attinet, eosque, qui horum exemplo restitutione in integrum gaudent, iis præterea ultra consuetum numerum adhuc una dilatio concedi solet. Caveat porro judex, ne dilationes nimis multiplicentur. Concedat igitur, si circumstantiæ suadeant, sub poena præclusi. Minetur iis, qui restitutione in integrum utuntur, amissionem beneficii. Curet deinde, qui dilationem petiit, ut judex tempestive testimonium de concessa dilatione exhibeat, vel ad Acta scribat, antequam spatium præterlabatur. Quamvis enim tum minimum, si expresse non denegetur, tacite concessa videatur, quando judex literas petitorias Actis inserit MEVIUS *P. V. Decis. CLXI,* ob dissensum tamen Dd. consultum est, de testimonio sibi prospicere. Plane in Saxonia Electorali illo in casu dilatio neque pro concessa,

neque pro denegata habetur, sed res omnis arbitrio judicio relinquitur. Expresse tamen concessa dilatio, nisi judex aliter mentem declaraverit, finito demum priori spatio currere incipit WERNHER. *P. VIII. Obs. CCCX.*

## Aphor. XII.

IN GENERE) vel potius, cum & satisdatio negotiis extrajudicialibus sæpius interveniat, eadem illa dici meretur assecuratio, per quam personam, cum qua negotium vel judiciale vel extrajudiciale celebramus, de validitate negotii securam reddimus.

PER NUDAM PROMISSIONEM) Quæ tamen a possessoribus bonorum immobilium secundum Praxin hodiernam nequidem exigitur. Dicitur autem possessor, qui per integrum illud tempus, quo lis tractatur, bona immobilia, vel naturaliter, vel juris intellectu talia, aut jura in re immobili competentia sub judice causæ controversæ jure dominii possidet. Nam quamvis jure Civili sufficiat, tempore coeptæ litis possessorem esse, hodie tamen, qui durante lite possessor esse desinit, cavere debet vid. LUDOVICI *Diss. de eo, qui post Lit. Contest. bona immobil. possidere desiit.* Deinde jura sufficiunt, sive actiones ad rem immobilem, quando ex dominio fluunt, actoris jus liquidum, nec tamen actio illa ipsa sit, de qua jam lis ventilatur LAUTERBACH. *Colleg. Theor. Pract. tit. Qui satisd. cog. §. XVII.* Porro, ut sub judice causæ quis sit possessionatus, ideo requiritur, quia alias securitatem vix habet adversarius.

De-

Denique cum jure dominii possidere debeat, non sufficit possessio ususfructus, non spes bona immobilia consequendi, non actio personalis. Nil vero possessioni nocet, etiamsi possessor obaeratus sit add. LAUTERBACH. *Resolut. L. XV. D. qui satisd. cogunt.*

PIGNORUM) Quae olim in lite incertae aestimationis apud Romanos locum vel ideo non habebant, quia certam pignora recipiebant aestimationem. Non itaque simpliciter cautionem pignoratitiam rejiciebant, sed in lite certae quantitatis, imo & volente parte adversa, in reliquis omnibus admittebant *L. LXI. de verbor. signif.* Caeterum hodie cautio fidejussoria & pignoratitia semper pari passu ambulant, nec distinctioni inter litem certam & incertam locus est, cum cautio ipsa ad incertam summam hodie in judicialibus fere incognita sit MEVIUS *P. III. Decision. CCLVI. n. 5.*

QUAE LOCUM HABET) Est itaque haec cautio subsidiaria, & vel ideo in judiciis admittenda, ne quis ob penuriam a limine judicii repulsus jus suum indefensum relinquere debeat. Quare & actor & reus ad eam admittitur. BRUNNEMANN *Proc. Civil. cap. VIII. n. 14.* qui recte monet, praecise haut requiri, ut integerrimae vitae sit. Ut tamen suspicio perjurii eum non premat, & praeterea ipsa causa ita comparata sit, ut de fuga periculum cesset, ipse cautionis finis exigit.

## Aphor. XIII.

PRO RECONVENTIONE ET EXPENSIS)

Quando nempe causa reconventionis a judice conventionis tractari, nec tamen ante finitam conventionem institui potest. Ubi enim reconventio effectum simultanei processus habet, cessat cautio pro reconventione. At pro expensis cautio in omnibus causis, si a possessorio summarissimo & cambiali causa discesseris, præstanda est; cum in omni causa rei intersit, ut securitatem habeat.

GVARANDAE NOMINE CAVERE DEBET) Nominant autem guarandam securitatem interveniente stipulatione reo ab actore præstitam, quod actor actionis institutæ evictionem recipere, eoque ipso reum, si alius ob idem litis objectum contra eum experiretur, indemnem servare, nec libellum mutare velit. Habetque præterea eum effectum, ut actor post guarandæ præstationem non possit amplius juramentum deferre. In causis tamen executivis, imo ex more judiciorum aliquando in causis summariis cessat, & in Saxonia Electorali per Ordinat. Proc. Recognit. plane abrogata est.

EXIGI NON SOLET) Nec exigitur in causa civili, etiam de jure Communi, nisi reus de fuga sit suspectus. Indeque in causa criminali, quia hæc suspicio semper adest, locum etiam habet cautio a reo præstanda, quando delictum non est ejusdem generis, ut nec præstita cautione suspicio fugæ cesset, quod fit in delictis, quæ poenam corporis afflictivam vel capitalem merentur. Præterea causa civilis tum quoque cautionem exigit, quando reus de dilapidatione bonorum suspectus sit.

fit. Et eatenus inter Jus Civile & Saxonicum nulla est differentia. Cessat enim hodie etiam cautio judicatum solvi, si reus procuratorem constituerit, quia est ex ficto dominio litis, quod procuratori olim tribuebant Romani principio assueti, tertium per tertium obligari & acquirere non posse.

## Aphor. XIV.

Exclusio ejus) Est igitur exceptio probe discernenda a litis Contestatione negativa. Nam in hac reus actoris intentionem simpliciter negat, & onus probandi in actorem transfert, in hac aliquid in esse ponit, & contrarium actoris intentioni affirmat. Sic vero & ipse de probatione exceptionis cogitare debet, minimum in eventum, si actor intentionem forsan probet.

Dilatoria pertinet) Generatim dilatoria exceptio dicitur, quæ litem differt, vel potius, quæ intendit, ut prius judicii convalidandi causa aliquid removeatur vel præstetur, quam litem reus cum actore suscipiat. Ut sic fere omnes exceptiones eo tendant, ut judicium stabile sit, & reus secure cum actore agere possit. Sunt vero generatim quadruplicis generis. Nam iis id agimus, I) ut vitium detegamus, quod in persona litigante vel principali vel minus principali adest, & infirmum reddere potest judicium II) ut non nisi coram judice, qui habilis est, & causam præsentem in litem deductam cognoscere potest, judicium suscipiamus. III) ut actor securos nos præstet de lite continuanda, & evictione litis calumniosæ suscipienda IV) ut

fundamentum totius litis ipsum libellum examinemus, ne ejus defectus confusionem pariat. In harum itaque oppositione ordinem certum esse servandum, res ipsa docet add. FRIESE *Diss. de ordine opponend. exceptionum.* Sigillatim I) omnes dilatoriæ exceptiones sub poena præclusi sunt oponendæ simul II) & quidem ante litis contestationem, ita, ut III) eventualis minimum litis contestatio addatur vid. RECESS. IMPER. *de anno 1654.* Secundi membri limitationem collige ex Aphor. XIIX. seqq. Tertium membrum tum limitationem patitur, quando natura exceptionis ita comparata est, ut ea salva litis contestatio fieri nequeat v. c. judicis incompetentis, præventionis &c.

## Tit. IX.

## De iis, quæ fiunt in judicio.

### Aphor. I.

ET REI RESPONSIONE) Vel potius est repetitio facti narrationis, ab actore in libello peractæ, subjecta responsione rei, quæ, quid ex ista narratione pro vero, quid pro falso habeat, continet. Ad petitum & conclusionem ut fiat, non est necesse. CARPZOV. *P. I. Const. X. Def. XXI.* Distincta itaque est ab exceptione, *c. II. de Lit. Contest. in 6to.* & in omni processu fieri debet, VMMIVS *ad Proc. Disp. XII. n. 13.* cum ex ea demum cognoscat judex, an lis vera sit inter actorem & reum, & quonam in capite invicem conveniant vel dissentiant, quid demum proba-

batione indigeat, & quis eam suscipere debeat. Natura igitur rei docet, ut Litis Contestatio debeat esse I) Libello adæquata. Neque enim fert appendices, captiosas conjunctiones, vel divisiones, exceptionum intermixtionem. II) Categorica & perspicua, ut vel affirmet vel neget, non vero dubia contineat verba. Ad facta tamen aliena, ut quis nesciendo respondere possit, ideo permittitur, quia facti alieni probabilis est ignorantia *L. XIX. D. de jur. & fact. ignor.* III) Specialis & ad singula libelli capita directa, non de jure solum Saxonico, sed etiam de jure Imperii Recess. Imper. *de anno 1654.* §. *XXXVII.* Fert tamen corrupta Praxis insigni litigantium damno litis contestationem generalem per formulam: nego narrata, prout narrantur, & petita, prout petuntur. Quæ, cum causam parum instruat, actorem plerumque, quo superfluam probationem evitet, cogit, ut in positionibus refugium quærat. Interim in summario processu ita specialiter facta censetur, quando reus directo ad libelli capita respondet, utut non præcise ordinem libelli servet. IV) Tempestiva. Fieri enim debet in primo termino. Alias expensas restituit reus, & peremtorie citatus, adhuc tamen contumax in Saxonia ficte confiteri videtur, & jure Communi exceptiones perdit. V) Eventualis minimum, nisi exceptio opposita causæ faciat præjudicium.

## Aphor. II.

Addit exceptiones) Qui enim pure fatetur, nec exceptiones addit, intentioni actoris con-

contrarias, ille litem non contestatur, cum lite non opus sit, ubi habemus reum confitentem, sed reus potius citra moram condemnandus est.

## Tit. X.
## De Exceptionibus peremtoriis.
### Aphor. I.

PERIMUNT) Omnes enim eo tendunt, ut actoris jus excludamus. Et de his iterum generatim notandum, quod I) Litis Contestationi sint annectendæ, & quidem II) omnes simul sub poena præclusionis RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. *XXXVII.* BLUM. *Proc. Cam. Tit. LXIX. num. 67. & 69.* III) Specifice, quod ultimum vel ideo necesse est, ut actor de elisione earum per replicam sollicitus esse possit WERNHER. *P. IV. Obs. CLI.* Sunt quidem, qui sufficere putant, ut reus generalem exceptionem v. c. non competentis actionis opponat, postea vero in probatione exceptionum de specifica exceptione cogitet BERGER. *P. II. Supplem. ad Elect. Disc. Forens. p. 372.* Sed cum actori facultas ad exceptiones rei replicandi adimi nequeat, jure suo postulabit idem ille, ut nova sibi contra exceptiones has improvisas reprobatio detur, cum speciales sub generali latere, prævidere, & replica eas elidere non potuerit GRIBNER. *Princ. Proc. Lib. I. cap. II. Sect. VI.* §. *VIII.* Idem, suadente æquitate, juris est, si, quod ad secundum membrum attinet, reus postulet, ut exceptiones post litem contestatam noviter emergentes, vel antea ignoratas deducere possit.

possit. Poena enim præclusi pertinet ad eas solum exceptiones, quæ rei notitiam tempore Litis Contestationis non effugiebant. Ne tamen fraus committatur a reo, recte exigit judex juramentum, mediante quo reus asserat, se tempore Litis Contestationis notitiam earum exceptionum non habuisse. Denique, utut regulariter exceptiones peremtoriæ Litis Contestationi annectantur, hoc tamen fallit, easque ad effectum impediendi litis ingressum, & se a Litis Contestatione liberandi urgere licet I) quando sunt negativæ, atque ita privilegiatæ, ut onus probandi in adversarium devolvant v. c. non adimpleti contractus, non numeratæ pecuniæ, non existentis conditionis, non aditæ hereditatis II) quando sunt præjudiciales, id est, causæ principali præjudicium inferunt, v. c. in actione negatoria vel confessoria exceptio dominii, in actione mutui exceptio SCti Macedoniani, in actione contra fidejussorem exceptio SCti Vellejani. III) quando in continenti probari possunt. Tum enim, si ex probatione statim liquida, quæ sigillatim inest documentis, vitio non laborantibus, intentionem actoris injustam esse appareat, merito actor repellitur.

## Aphor. II.

Vel specialis) Exceptio doli generalis & specialis ita differunt, quod dolus specialis in ipso negotio, quod actor in judicium deduxit, ab eodem admissus sit *L. I. §. II. & III. de doli mal, except.* atque hæc exceptio per replicationem non eli-

eliditur, reum quoque dolose egisse, *L. IV. §. XIII. Eod.* actori tamen integrum est, de dolo in separata actione cum reo agere. Exceptio vero doli generalis tum locum habet, quando dolus non in ipso negotio adest, sed ex ipsius actionis institutione elucet, dum quis repugnante conscientia agit, qui tamen scit, se ob exceptionem cum effectu agere non posse *L. II. §. IV. & V. Eod.*

## Aphor. IV.

QVADRVPLICATIO) In his exhibitis de jure Communi partes regulariter subsistunt, & uterque ad eum effectum concludit, ut nunc super lite hucusque ventilata judex sententiam ferat. Sæpius tamen Ordinationes provinciales prohibent, ne ultra duplicam progrediantur partes. Et tum, sive partes concludant expresse, sive non, judex tamen causam pro conclusa habet, quod generatim fit, quando lex exhibita partium ad certum numerum restringit. Sæpius etiam arbitrio judicis relinquitur, quando causam pro conclusa habere velit. Et hoc arbitrium eo tum quoque extenditur, ut judex causæ conclusionem iterum rescindere, partesque denuo ad disceptationem ulteriorem admittere possit. Quod in foris Juris Communis sæpius fieri videmus.

# Tit. XI.

## De probatione.

SEQVITVR) Est enim, ut diximus, litis Contestatio fundamentum omnis probationis. Sigillatim affirmativa pura plane liberat ab onere

onere probandi, & condemnationem operatur. Affirmativa mixta, cui additæ sunt exceptiones, onus probandi exceptiones in reum devolvit. Negativa mixta efficit, ut partim actor fundamentum intentionis, partim reus fundamentum exceptionis probare debeat. Negativa denique pura actorem probatione onerat. Sed caveat reus, ne facile neget jura, facta notoria, eaque, quæ, si negans mendacii convincitur, poenam inficiationis provocant. Qui enim jura negat, vel imperitiam suam, vel temeritatem prodit. Qui facta notoria in dubium vocat, contra conscientiam agit. Qui negat, ubi lex mendacium puniri jubet, vid. *L. XXVI. J. de action. L. fin. D. de Rei Vindic. L. II. §. I. D. ad L. Aquil. L. I. §. I. & IV. Depos.* AVTH. *Contra C. de non numer. pec.* Nov. *XVIII. cap. VIII.* sibi parum consulit, & sigillatim, quando actor actionem conscientiæ rei commisit, hic vero postea jurare nequeat, exceptiones peremtorias amittit. WERNHER. *Diss. de poen. inficiation.* Imo generatim parum prosunt exceptiones, quæ adjiciuntur Litis Contestationi pure negativæ, quando actor juramentum detulit, cum non opus sit, intentionem actoris per exceptiones excludere, ubi per juramenti præstationem illa ipsa per se corruit.

## Aphor. II.

JVDICI FIT FIDES) Postquam judex probationem prius per sententiam interlocutoriam injunxit. Natura tamen actionis in judicium deductæ nonnunquam exigit, ut ultro quis probatio-

 nem

nem suscipere possit, & debeat. Quod fit in processu executivo, diffamationis, possessorio summarissimo. In aliis causis consultum haud est, ut sponte se actor ad probationem accingat. Ex sententia enim judicis demum apparere debet, an probatione opus sit, quis probet, quid probandum, & utrum probatio solenniter, an per demonstrationem peragenda sit. Cæterum, probatione simpliciter injuncta, si a juramenti delatione, quæ ex dispositione legis provincialis præcise ante Litis Contestationem expedienda est, discesseris, probaturus non solum eligit, quo probandi medio uti velit, sed & præterea cujuscunque generis media recte cumulat, ut judici fidem faciat, si omnia capita libelli vel exceptionis conjunctim spectes, sin singula capita seorsim, ea probandi media super uno eodemque capite cumulare solum licet, quæ sibi invicem auxilium ferunt, non ea, quæ sibi invicem contraria sunt. Sic quidem testibus & documentis quis potest simul uti, non vero testibus simul & juramenti delatione ZIEGLER. *ad Ord. Proc. Sax. Tit. XVIII. verb.* zugleich und *conjunctim.*

## Aphor. III.

SEU INARTIFICIALIA) Fit illa per inductiones ex argumentis verosimilibus & concludentibus ad factum ipsum, quod probandum erat. Hæc judici factum nudum ob oculos ponit, eumque de veritate convincit. Illa itaque probabilitatem solum operatur, nec ad condemnandum vel absolvendum sufficit, sed id judicis officio convenit, ut per media convenientia res ad liquidum perducatur.

tur. Nisi forsan lex eam conjecturæ efficaciam tribuat, ut pro veritate habeatur. Illa veritatem juridicam efficit, &, si plena sit, nempe per duos testes classicos, vel per instrumentum indubitatum peracta, condemnationem, si minus plena, juramentum legale producit.

## Aphor. V.

SED FACTUM) Cumque & juris specialis v. c. consuetudinis, statuti, aut privilegii existentia facti sit, & hæc probanda est. Cæterum, quilibet fundamentum actionis & exceptionis probare debet, sive affirmet, sive neget. *L. II. L. V. D. de probat.* Quod enim dicunt, negativam probari non posse, id plane falsum est. Certe, qui negat, implicite quoque, vel minimum per consequentiam, affirmat. Et sic etiam per consequentiam negativam probare potest. Conf. COCCEJI *Diss. de probat. direct. negativa,* Igitur tum denique litigans a probatione immunis est, quando pro fundamento militat præsumtio legis.

ARTICULIS PROBATORIIS) Quam formam tamen plerumque in foro communi, nisi testibus probatio peragatur, minus recte negligunt, cum certe & cognitio & decisio faciliori via expediri possit, quando ordine omnia fiunt in judicio. Sunt vero articuli plerumque affirmativi, & per vocem Wahr singulæ circumstantiæ proponuntur. Solent tamen litigantes ex præmissis concludere, qui articuli conclusivi vel illativi vocantur. Solent etiam jura immiscere, quæ articuli juris nominantur. Solent aliquando in simplici negatione

subsistere, & assertis partis adversæ contradicere, ne tacite consentire videantur, qui articuli negativi dicuntur. Solet denique sigillatim actor exceptionibus rei replicam addere, illasque, ne obsint, elidere, qui articuli elisivi appellantur. vid. BERGER. *Diss. de artic. elisiv.*

VISCERIBUS LIBELLI) Probaturus enim alia probationi capita immiscere nequit, quam quæ in libello & Litis Contestatione inter partes disceptata sunt. Quo ipso tamen facultas non excluditur, ea, quæ ad illustrationem & probationem thematis pertinent, immiscere, & argumenta eum in finem conquirere.

## Aphor. VI.

AD PERPETUAM REI MEMORIAM) Eam ignorat Jus Civile, cum liti adhibeatur probatio, ideoque lis prius adesse debeat *L. XL. D. ad L. Aquil.* Jus vero Canonicum in *cap. V. X. ut lit. non contest.* hunc probandi modum permittit, omnibus iis in casibus, quibuscum periculum amittendæ probationis conjunctum est. Facilius itaque ad eam admittitur reus, quam actor, cum reus expectare debeat litem, sic vero ob actoris cunctationem media probandi exceptionem amittere possit. Actori vero regulariter nil obest, ne reum conveniat. Verum enim vero potest & lite jam mota periculum amittendæ probationis existere, & æquitas suadere, ut & actorem ad ejusmodi probationem admittamus. Quotiescunque tamen peragitur, ita semper peragenda est, ut solennia probationis ordinariæ, tempore articulis offerendis

dis destinato excepto, probaturus servet. add. MENCKE *Tr. Synops. Proc. Disp. XVI. §. I. sqq.* WERLHOF *Diss. de examine testium extraordinario.* URSINI *Diss. de examine testium ad perpetuam rei memoriam.*

## Aphor. VII.

VEL PUBLICUM VEL PRIVATUM) Quæ, si efficaciam probandi spectes, ita differunt. Publico vis probandi per se inest, idque ideo, quia in publica fide nititur, fidem judici in causa controversa, quam loquitur, facit. Privatum non probat, nisi a parte adversa agnitum. Idcirco publicum juratam diffessionem non admittit, si vere publicum est, & ne recognitione quidem indiget, sed ubique præsumtionem veritatis & solennitatis habet. Quæ tamen cum juris solum sit, probationem in contrarium admittit, eique, contra quem producitur, integrum est, cum contra formalia, tum contra materialia excipere. Sed privatum, quia plane non probat, nisi agnitum, prius ille, contra quem producitur, exceptionibus elidere non debet, quam constet de documenti veritate. Sic vero integrum cuilibet est, velitne agnoscere documentum, an diffiteri, id est, interveniente jurejurando asserere falsitatem documenti. Sed, quamvis agnoscat idem illud, sive sponte sive ficte in casu contumaciæ, ea tamen agnitio formam solum & veritatem documenti concernit. Exceptionibus vero contra materialia nihilosecius recte utimur. Unde Practici formant regulam: Omnem recognitionem intelligi salvis exceptionibus.

## Aphor. VIII.

Ex illo transsumptum esse) Generatim in omni documento considerandа veniunt cum formalia, tum materialia. Et formalia demum efficiunt, ut scriptura pro documento, cui vis probandi inest, haberi possit. Unde necessario sequitur, nullum documentum probare, nisi in originali producatur, & copia illud inspiciendi detur. Documentum enim vitio visibili laborans non probat. Copia itaque, etsi, ut dicunt, exemplificata sit, id est, a persona fide digna cum originali collata, testimonio simul desuper confecto, non tamen plene probat, nisi exemplificatio præsente utraque parte facta sit Stryck. *Caut. Contr. Sect. II. cap. VII §. XIV. sqq.* In antiquis tamen, si alia adminicula accedant, copia nuda admittitur *c. XIII. X. de probat.* itemque si originale casu amissum sit, deque hac re aliqualiter constet. add. Mynsinger. *Cent. VI. Obs LXXV.*

## Aphor. IX.

Juramento confirmari soleant) Vis aliqualis probandi libris mercatorum ob commerciorum favorem videtur tributa. Nunquam tamen plene probant, sed probabilitatem saltem operantur, in causis, quæ mercaturam & negotiationem, quam mercator profitetur, concernunt, si hæc concurrant, I) ut liber, ad quem provocat, sit principalis, das Haupt-Handels-Buch, II) ab ipso mercatore vel ejus institore confectus, III) ita, ut data & accepta contineat, & IV) causam deben-

debendi ſpecialem, V) annum & diem. Et his, ſi accedat juramentum confirmatorium, jure Communi ſæpius plena jam vis probandi libro mercatorio tribuitur. Sed jure Saxonico præter confirmatorium juramentum, cum exinde ſemiplena tantum oriatur probatio, aſſertorium quoque juramentum de veritate ipſius debiti accedat neceſſe eſt. vid. BRUNNEMANN ad *L. VI. C. de probat.* CARPZOV. *P. I. Conſt. XVII. def. XXXV.* STRYCK. *Uſ. Modern. tit. de fide inſtrum. §. IX.* KLEIN. *Diſſ. de probatione per libros mercator.* In Saxonia vero Electorali vi ORDIN. PROC. REC. *Tit. XXX. §. IV.* non niſi inter mercatores vim ſemiplenæ probationis habet. Si contra extraneum producatur, judicis eſt arbitrari, velitne mercatorem ad juramentum ſuppletorium admittere, an reo juramentum purgatorium dictare.

## Aphor. X.

VEL JURATO DIFFITENDA) Quod in documentis propriis fit per formulam: daß Product das Document nicht geſchrieben noch unterſchrieben habe, in documentis alienis per formulam, daß Product nicht glaube noch dafür halte, daß der Ausſteller das Document geſchrieben und unterſchrieben habe. In Saxonia Elect. additur præterea: daß es mit Wiſſen und Willen des Ausſtellers von einem andern nicht geſchrieben oder unterſchrieben worden. Cæterum, qui diffitetur documentum, illud non quoad ſubſcriptionem ſolum, ſed etiam quoad contenta diffiteri de-

 bet,

bet, & certe, qui se documento subscripsisse fatetur, contenta falsa esse negare nequit. Sed, qui se nomen scripsisse, eoque alterum, qui contenta scripsit, abusum esse asserit, si falsi indicia suppeditet, admitti potest ad contentorum diffessionem.

COMPARATIONI LITERARUM) Hæc æque ac recognitio per testes eo tendit, ut ille, qui producit, juratam diffessionem partis adversæ declinet. Illa consistit in collatione alius scripturæ, quam ille, qui documentum productum falsum asserit, scripsit, eum in finem facta ab artis peritis, ut ex similitudine manuum appareat, quatenus ipsi fides habenda sit. Sed facile constat, ex hac similitudine manus aliquam solum oriri suspicionem contra eum, qui se ad diffessionem juratam obtulit, forsan per juramentum purgatorium elidendam. In Praxi tamen, nisi quid sigillatim obstet, probabilitatem similitudini inesse credunt, quæ, ut producens ad juramentum suppletorium admittatur, operari possit. add. STRYCK. *Introd. ad Pr. Forens. cap. XIX. §. IX. sqq.* MENCKE *Tract. Synopt. Proc. Disp. XIV. §. XXXIV. sqq.* Recognitio vero per testes est actus, quo producens id agit, ut documentum a parte adversa diffitendum per testes jurejurando obstrictos recognoscatur. Eaque majorem omnino efficaciam comparatione literarum habere potest, modo tamen casum præsupponas, testes vel in confectione & subscriptione documenti præsentes fuisse, vel eum minimum, contra quem producitur, convincere posse, quod documentum agnoverit.

Aph.

## Aphor. XI.

EDERE REO) Ut argumento de editione documentorum ſatisfaciamus, notandum eſt, eam vel deſiderari ante Litis Conteſtationem, vel poſt eam. Illo in caſu de jure Communi vi RECESS. IMPER. *de anno* 1654. §. *XXXIV. in fin.* & *L. I.* §. *III. de Edendo.* actor reo omnia documenta, quibus ad intentionem fundandam uſurus eſt, & ad quæ provocat, edere debet. Sed in Saxonia, niſi libello addita ſint, edi non debent, addita vero reo ſimul ſunt communicanda. Quod autem editionem documentorum, quæ probationem poſt LitisConteſtationem inſtruunt, attinet, dubium non eſt, quin probaturus indiſtincte exigat editionem documentorum, quæ jure dominii ad eum ſpectant *L. IV. pr. L. VI.* §. *VI. D. de Edend.* vel quæ communia ſunt *L. V. famil. hercisc. L. VII. D. de Edend.* Reliqua quod attinet, ea vel tertius poſſidet, vel alter litigantium, Tertius indiſtincte edit, modo, qui editionem urget, ſua intereſſe demonſtret. GAIL. *Lib. I. Obſ. CVI. n. 4. ſqq.* Actor reo indiſtincte edit documenta, quibus indiget ad formandam exceptionem *L. V. C. de Edend.* Reus actori indiſtincte edit documenta, quibus uſurus eſt ad fundandam replicam *L. fin. C. Eod.* Præterea reus non adſtringitur ad editionem, niſi vel aliis mediis probandi actor deſtituatur *L. I. C. Eod.* qui caſus tamen vix contingere poteſt, cum juramenti minimum delatione uti poſſit actor, vel cauſa actoris privilegiata ſit, v. c. fiſci *L. III. D. Eod. L. I.* §. *II. De jur. fiſc.* Ut vero ille, a

quo editionem petimus, ad editionem faciendam obligetur, vel præsumtionibus gravandus est, quod documenta possideat CARPZOV. *Tit. XIV. art. IV. n. 4.* vel juramentum ipsi deferendum est, quo tamen in casu, ut alter ad jurandum compellatur, actor calumniæ suspicionem prius per juramentum calumniæ removere debet *L. VI. §. II. L. IX. §. III. de Edend.* Gravatus itaque de possessione documenti vel edere, vel juramentum editionis, daß er das Document weder besitze noch gefährlicher weise von abhånden kommen lassen, præstare debet. *L. IX. §. I. Eod.* MEVIUS *P. VII. Dec. CCLXXX.* Si neutrum facit, contra tertium mandatis poenalibus proceditur CARPZOV. *in Proc. d. tit.* Si pars litigans sit, actor causa cadit, & contra reum copia producta æque ut originale probat. Si nec copia extet, consultum est, ut judex minetur alteri, se capita illa, quæ alter per documenta probare studet, habiturum pro concessis, er würde sie vor eingestanden halten.

## Aphor. XIV.

EXTENDI NON DEBERE ) Et recte huc non extenditur. Non enim locum potest habere processus executivus, nisi actori suppetat copia documenti, quod capita libelli in continenti liquida reddit. Si ejusmodi documenta non habeat, processu ordinario uti debet. Ut sic vehementer errent nonnulli Practici, qui, dum processum executivum instruere student, petitum ad editionem & recognitionem documentorum dirigunt, cum eo magis allaborare deberent, ut documenti prius copiam obti-

obtinerent, per processum præparatorium, postea vero in lite principali intentionem actoris per documentum fulcirent.

## Aphor. XVI.

REGULARITER) Sunt enim casus, in quibus unus testis plene probat, quos collige ex HORNII *Diss. de probatione plena per unum testem.* Ut vero & duo testes plene probent, requiritur I) eos esse classicos, id est, quorum fides nulla ratione vacillat. II) Eosdem esse juratos *L. IX. C. de testib.* III) a judice, coram quo lis ventilatur, examinatos, minimum eo dirigente ad testimonium dicendum evocatos IV) deponere eos ex propria scientia *L. IV. C. de testib.* WERNHERI *P. V. Obs. LXV.* V) Eosdem non esse singulares & sibi contradicere. Ea tamen singularitas fidei testium solum obest, quæ obstativa dicitur. Testes, qui de diversis factis doponunt, quæ sibi adminiculantur, item illi, qui de eodem facto reiterabili diverso loco & tempore commisso deponunt, omnino probant STRUV. *Syntagm. Jur. Civil. exerc. XXVIII. th. XLVIII.*

DE HABILITATE EORUM) Duplex testium est inhabilitas, & sic duplex quoque ejus effectus. Nonnulli testes inhabiles sunt absolute, & nullam fidem habent, iique ne ad testimonium quidem dicendum admitti possunt, sed ex officio repellendi sunt, quorsum sine dubio pertinet testis in propria causa. Alii inhabiles solum sunt, ut plenam fidem faciant, qui vocantur non omni exceptione majores. Atque hi, tantum abest, ut repelli possint, quin judex eos invita altera parte

ad-

admittere, imo, si testimonium dicere nolint, compellere debeat, nisi privilegio sint muniti, ut cogi nequeant.

## Aphor. XVII.

INFAMEM) Intellige eum, qui vel judicio publico *L. III. §. V. L. XXI. de testib.* vel ex causa perjurii damnatus est. Reliqui omnes non simpliciter sunt inhabiles, sed tantum non omni exceptione majores. Quod si vero crimen testi objicitur, ob quod nondum est condemnatus, nihilosecius probato crimine de Jure Canonico repellitur *c. I. X. de Exception.*

RELAXAVERIT) De qua relaxatione vid. late STRYCKII *Diss. de remission. obsequii.* Sed, si dicendum quod res est, de Jure Civili plane inhabilis testis est subditus *L. VI. de testib. L. V. C. Eod.* Venit ista jurisjurandi remissio ex *c. XXXVIII. X. de testib.* Praxis itaque admittit tale testimonium. Et, dum admittit, agnoscit etiam, remissionem juramenti ex superfluo fieri, sic vero valere testimonium, etiamsi facta non sit juramenti relaxatio MEIER. *Colleg. Argentorat. tit. de Testib. §. X. n. 16.*

NON AD SINGVLOS SPECTET) Sed vix poterit fingi causa universitatis, in qua non singulorum intersit. Etsi enim jus singulorum non sit, jus tamen universitatis singulorum utilitati non potest non inservire *L. II. §. II. Ne quid in loc. publ.* CARPZOV. *Decis. CV. n. 16.*

REVELATI IN CONFESSIONE) Quod vocant sigillum confessionis, in cujus originem & in-

indolem inquirit ADRIAN. BEIER. *tr. de sigillo confess.* STRYCK. *Diss. de revelatione credentiæ.* Præsupponit vero, sacerdoti in actu confessionis aliquid esse revelatum, quod, salva salute Reipublicæ & absque periculo vitæ innocentis, reticere potest. Non itaque huc pertinet, quod extra casum confessionis revelatum est, non id, quod damnum irreparabile Reipublicæ vel tertio afferret, si reticeretur LINCK *ad Decretal. tit. de poenit.* §. *VII.* BRUNNEMANN. *Proc. Civil. cap. XX. n. 61*

## Aphor. XVIII.

VERITAS ALITER HABERI NON POTEST) Quo ipso tamen tota doctrina de testibus recipiendis vel non recipiendis corruit. Ut sic rem acu tangat LEYSER. *Spec. CCLXXXIII. med. I.* quando asserit, fidem testium unice ex arbitrio judicis pendere. Idque jam Romani agnovisse videntur in *L. III.* §. *II. de testib. L. XIII. de testib.* multisque exemplis illustrat laudatus Auctor.

## Aphor. XIX.

IMPENDERE DEBET ) Qua occasione quæritur, an testis denegare possit testimonium sub prætextu, quod sumtus impendere debeat in iter ad locum judicii peragendum. Quod recte negamus, cum prius non possit de sumtibus respondere producens, quam testis eos re ipsa impendit. Necesse itaque est, ut veniat testis, & judici evocanti morem gerat, ejusque deinde auxilium imploret, ut indemnitatem consequatur. In Saxonia Electora-

ctorali Legislator pro dignitate testis & loci distantia certam determinavit summam, quam producens, antequam testis citetur, cum ipsis articulis offerre debet.

Et directorio) Quod speciatim nominat testes, & simul indicat, ad quosnam articulos quilibet interrogandus sit. Idque ipsum judex præcise sequi debet, nec citra vitium nullitatis de suo quid addere, aut ordinem præscriptum mutare potest.

Et interrogatoriis) Quem in finem consultum est, ut interrogatoria ante requisitionem a parte adversa exhibeantur, quo judex requirens ea simul transmittere possit. Si tamen exhibita non sint, judex requisitus, dum terminum examinis præfigit, productum nihilominus monet, ut in termino productionis compareat, &, si velit, interrogatoria exhibeat.

Et videndum jurare testes) Diversus tamen utriusque citationis est effectus. Ex parte producentis enim est arctatoria, & producentem præcisa comparendi & producendi testes necessitate onerat, nisi emanens probationem malit desertam. Ex parte producti vero est monitoria solum. Adeoque, licet emaneat, judex tamen ad examen progreditur, cum emanens renunciasse videatur juri suo, & exceptiones contra testes, ut & facultatem exhibendi interrogatoria omittit.

Producit testes) Et quidem non verbaliter solum solenni adhibita formula, se testes produce-

ducere absentes tanquam præsentes & præsentes tanquam absentes, sed realiter etiam & actualiter, ut judici testes nominetenus sistat. Hinc absentium testium contumaciam accusat, utque judex eosdem sub poena ad testimonii dictionem compellat, rogare solet. Nisi enim testis privilegio tutus sit, ne cogatur, vel ideo, quia publice interest, ut veritas facti detegatur, remedia coactiva locum habent *L. XVI. L. XIX. C. de testib. tot. tit. X. de testib. cogend.* Imo, si causa ardua & criminalis subsit, & de veritate absque teste constare nequeat, contra quem tamen adest præsumtio gravis, quod rei notitiam habeat, contra contumacem potest decerni tortura vid. LUDOVICI *Diss. de teste contumace.*

INTERROGATORIA) Quæ sunt quæstiones a producto eum in finem exhibitæ, ut ex responsione testis distincta appareat, quanta fides ipsi sit habenda. Generatim itaque id per interrogatoria efficere studet productus, ut fides testium suspecta fiat. Sunt vel generalia, quæ contra personam testis diriguntur. Sunt specialia ad articulos directa. Et per has ex teste quærit rationem testimonii, ea quæ in articulis captiose conjuncta sunt, separat, ipsumque articulum in speciales propositiones resolvit. Cumque in iis defensionis maxima pars sæpius sita sit, productus ea non facile omittit STRYCK. *Introd. ad Prax. Forens. cap. XVIII. §. V.* Caveat tamen, ne exhibeat prius, quam super exceptionibus, quas testi objecit, & ob quas eum repellendum credit, judex

judex cognoverit. Qui enim de teste repellendo excipit, & interrogatoria tamen offert, exceptioni renunciasse videtur. Præterea de jure Communi producto quidem permittitur, ut interrogatoria generalia, quæ præliminaria vocantur, ad ipsius causæ merita dirigat STRYCK. *d. C.* §. *VIII.* Quo ipso sumtibus, reprobationi impendendis parcere potest. Sed certe tum demum effectum sibi ex his interrogatoriis promittere potest, si eosdem testes & reprobationi inservire posse probabile sit.

DIMITTITVR) Sed, antequam dimittatur, curet examinans, ut depositio illi prælegatur, quo omissa supplere, obscura illustrare, contra intentionem consignata indicare possit.

## Aphor. XX.

PVBLICATIONI ATTESTATIONVM) quæ absque solennitate omni ita peragitur, ut judex in termino rotulos, quos hucusque, ne depositiones testium ad notitiam partium venirent, secretos habuit, actis inserat, & partibus eorum copiam faciat.

TESTIVM REPETITIO) Si nempe in depositionibus quædam intellectu difficilia, ambigua & obscura occurrant, quæ impediunt, ne judex litem secure sententia sua finire possit.

PRODVCTIO) Quæ tamen hodie vel ideo admitti non potest, quia probationi exhibendæ certus, isque peremtorius terminus regulariter præfigitur. Quo elapso ipso jure probaturus præcluditur. Fatali vero nondum elapso, & novos testes

testes denominare, & novos articulos exhibere, & prioribus novos addere, imo probando variare licet. Si tamen probatio intra fatale exhibita sit, & postea testis reperiatur mortuus, vel idem ille tempore oblationis vivus ante examen diem obeat supremum, in locum demortui unum pluresve denominare permittitur, modo probaturus suspicionem, se mortem testis tempore oblationis scivisse, jurejurando removeat.

## Aphor. XXI.

Offerre debet) Et sigillatim, ne publicentur attestata testium, protestationem interponere debet. Sed his ambagibus in Saxonia Electorali non est opus, cum fatale reprobationis currat a die communicatorum articulorum probatorialium. Est vero reprobatio in genere, ut Auctor recte monet, intentioni actoris contraria probatio, eaque vel negative peragitur, probationem actoris elidendo, vel affirmative, judici de exceptionibus fidem faciendo. Ut sic omnino detur reprobatio, etiamsi reus nullas plane habeat exceptiones, cum sufficiat, reum qualicunque ratione se defendere. Quia vero defensio est, magnum omnino habet favorem, nec judex reo eam facto suo adimere potest. Imo reus ad reprobationem admittitur, licet judex ipsi eandem neque concesserit, neque expresse reservaverit.

## Aphor. XXII.

Disputatio attestationum) Hanc praxis judiciorum præter necessitatem ordini procedendi addidit. Nam cum in ea id agat pro-

baturus, ut testium fidem in tuto collocet, & judici, quid & quale probaverit, ex Actis & attestatis testium ob oculos ponat, pars adversa vero testium fidem infringere studeat, quæ omnia judici ex Actis innotescere possunt, etsi partes plane taceant, constat certe, ex superfluo tolerari ipsam attestationum disputationem.

## Aphor. XXIII.

DISTINGVI SOLET ) In effectu ita differunt. Præsumtio hominis probationem, plene quidem non peractam, præsupponit, ita tamen comparatam, ut probabilitas oriatur, quæ judicem movere potest, ut neque pure condemnet, neque pure absolvat, sed juramento legali exitum rei committat. Præsumtio juris, quæ a lege proficiscitur, sive conjecturam ab ipsa lege approbatam continet, instar plenæ probationis est, & a probatione liberat, non tamen probationem in contrarium excludit. Præsumtio juris de jure non a probatione solum liberat, sed ex legis dispositione pro ipsa veritate eo effectu habetur, ut, qui contrarium asserit, mendacium committere videatur.

# Tit. XII.

# De Jurejurando.

## Aphor. I.

IN TESTEM ) Imo præterea in vindicem. Sola enim invocatio in testem non facit juramentum BÖHMER, *Jur. Eccles. Lib. II. Tit. XXIV.* §. *VI.* In eo itaque, ut Deus in vindicem invocetur, consistit formale juramenti. Inde

de

de patet, non jurari posse, nisi per id, quod religiose colimus, quodque vindicare posse perjurium credimus. Ut sic juramentum secundum principia cujusque religionis concipiendum sit. Nec aliunde, quam ex intentione jurantis vis & efficacia juramenti dependet, quod contra Carpzovium late demonstrat FINCKELTHAVS *Obs. CCXVI.* vid. BÖHMER. *d.l.* §. *LVIII.* Quare formulam certam per se non requirit jusjurandum. In Praxi tamen, præsertim juramentum judiciale, quod litis decidendæ causa adhibetur, per formulam & solennitates expediri solet, quo religiosior asseveratio sit. Ex eodem fonte, quod Deum vindicem constituamus, facile colligimus, impiam & haut tolerandam esse reservationem mentalem, quippe quæ, dum jurans aliud cogitat, aliud verbis profert, animum jurandi excludit, *c.IX. Caus. XXII. qu. V.* STRYCK. *de jure sens. Diss. X. cap. III. n. 6. sqq.* Quæ cum ita sint, id singulare non est, quando in juramento jus Canonicum requirit veritatem, sive conformitatem linguæ cum mente, justitiam ratione objecti, intellectum & voluntatem in jurante, eo effectu, ut vis, dolus, metus excludatur, ut fiat de re licita & privatorum dispositioni subjecta, ab eo denique, qui scit, quid agit, & rem, de qua jurat, intelligit.

## Adhor. II.

PROMISSORIVM ET ASSERTORIVM) Hoc probandi causa, illud actum convalidandi gratia adhibetur. Hoc res præsentes vel præteritas respicit, illud in futurum obligat. Hoc, si menda-

cium continet, poenam perjurii operatur. Illud conſcientiam ſolum jurantis ſtringit, ſi res in eodem ſtatu maneat. Verbo: Juramentum promiſſorium contractibus adjicitur, & quidem vel in continenti, quod in ſpecie promiſſorium dicitur, vel ex intervallo, quod confirmatorium vocatur. Sic vero eſt acceſſorium obligationis principalis, & neque de jure Naturæ neque de Jure Romano novam producit obligationem. Quo fit, ut corruente principali obligatione & obligatio ex jurejurando corruat *L. V. C. de legib.* Verum ex principiis Juris Canonici, quæ nos ſervamus, improvide tamen, Böhmer. *Jur. Eccleſ. Lib. II. Tit. XXIV. §. XXII.* per juramentum tale actus in ſe nullos convalidari poſſe credimus *c. II. de pact. in 6to cap. XXVIII. X. de jurejurando.* Conf. Ludovici *Diſſ. de brocard. Omne juramentum ſervandum eſt, quod ſalva ſalute æterna ſervari poteſt.*

## Aphor. V.

Quod ex conventione) Ergo hujus juramenti indoles unice ex natura pactorum & transactionum eſt dijudicanda. Et obligatio non tam oritur ex vinculo juramenti, quam ex modo tranſigendi, qui, ut per juramenti præſtationem expediretur, partibus placuit. Sigillatim præſupponit mutuum conſenſum, & ſic ſponte nec delatum præſtitum neminem ab obligatione liberat. Præſtitum vero ex conventione antecedente ſufficit ad effectum liberationis, etiamſi pejeratum ſit.

Aph.

## Aphor. VI.

DEFERTUR) Non itaque necesse est, ut quis utatur juramenti delatione, nisi cui probatio incumbit. Nec opus est, ut quis juret, nisi judex juramenti præstationem injunxerit. Quamvis inde inferri non possit, judicem facultatem deferendi juramentum alicui adimere posse. Nam, ubi quis ad probationem sese accingit, etiamsi illa simpliciter sit injuncta, recte tamen utitur juramenti delatione, quousque lex ipsa non jubet, ut ea statim & antequam de probatione judex interloquatur, litigans utatur. Et hactenus, quicunque sit litigans, recte defert juramentum, utut ipse non possit ad juramenti præstationem admitti. Sic & infamis & de perjurio suspectus hoc beneficium in suos usus applicat, quicquid dissentiat CARPZOV. *P. I. Const. XIV. def. VI.* Conf. BRUNNEMANN. *Proc. Civil. cap. XXIII. n.4.* Ut tamen deferat illi, ad quem causa spectat, & qui rei, de qua jurandum est, notitiam habet, necesse est. *L. XX. pr. de jurejurando.* Sufficit autem qualiscunque, ut sic ille etiam admittatur, qui de credulitate jurare potest.

JURAMENTI DELATIONI) Qua de re tamen valde dubito. Certe reus de juramenti delatione prius cogitare non debet, quam ad probationem se accingit. Et, quamvis se ad probationem simpliciter offerat, non tamen ideo excludere videtur juramenti delationem, cum renunciatio juris non præsumatur. Idem juris est, quando actor de replica probanda cogitat. Hu-

jus intuitu enim habetur pro reo, ipsaque replica jure exceptionum utitur.

## Aphor. VII.

Aut suscipiendum) Susceptum vero ad præstationem juramenti præcise obligat. Mevius *P. VI. Decis. CLXVII.* nec revocari potest amplius a deferente, cum jam post acceptationem vires pacti accipiat, & acceptanti jus quæsitum oriatur. Idem *P. II. Decis. XCIII.* Ut autem omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus, ita &, si illi, qui detulit juramentum, novæ probationes superveniant, quibus vel judici de ipso litis objecto fidem facere, vel liquido demonstrare potest, acceptantem pejeraturum, revocatio juramenti delati conceditur *L. XI. C. de jurejurando.* Sed, quid si non revocetur, & acceptans tamen ante juramenti præstationem moriatur? Tum quidam mortem vim jurisjurandi habere putant, si justissimæ causæ adsint, vid. Struckii *Diss. de morte loco jurisjurandi.* Sed & suppetunt rationes, ut heredes adhuc ad juramentum credulitatis compellantur. Quare merito dixeris, ipsam quæstionem ad arbitrium judicis spectare.

De calumnia jurare) Quæ necessitas deferenti ideo videtur imposita, ne juramenti delatione abutatur ad instruendam calumniosam litem, quod omnino facere posset, cum & absque indiciis juramenti delatio locum habeat. Itaque a calumnia prius se per jusjurandum purget. *L. XXXVII. de jurejur.* Anne vero deferens adhuc de calumnia jurare debeat, si alter ipsi juramentum retulit, dubitatur. Putant quidam, non

opus

opus tum esse juramento calumniæ, quando deferens ipse super causa principali jurat. Sed regerunt alii, quod deferens juret super lite, ob relationem, id calumniam non excludere in delatione. Quorum opinionem Saxones approbant, & a deferente cum juramentum calumniæ, tum juramentum principale exigunt.

Alias probare velit) Quod vocant probationem pro exoneranda conscientia, in qua peragenda I) omnia illa sunt observanda, quæ probationem in genere solennem efficiunt. II) probaturus id agere debet, ut directo contrarium ejus, super quo juramentum delatum, probet, non vero exceptiones intentioni actoris contrarias probare potest. Cæterum hæc probatio non admittit juramenti delationem, cum fiat declinandi juramenti causa, & quia species reprobationis est, contra probationem partis adversæ per juramenti delationem resusceptæ, probationem non admittit ulteriorem.

postea admittitur) Ut nunc præcise juramentum præstare debeat. Hoc tamen, ni fallor, Praxis admittit, invita analogia juris, cum naturale sit, ut, qui dum antea vel præstare juramentum, vel referre, vel conscientiam probatione exonerare poterat, alterum eligat, ad alterum facta electione non habeat regressum.

## Aphor. VIII.

In omnibus causis civilibus) Nota generatim, in omnibus causis juramentum deferri posse, super quibus transigere licet. Cumque

nec in criminalibus, quatenus de læsione sermo est, prohibita sit transactio, nec eo nomine prohibita erit juramenti delatio vid. *L. LII. §. XXVII. de furt. L. IX. §. II. de jurejur. cap. XXXVI. X. Eod.*

## Aphor. IX.

NECESSARIUM) Quod triplici ratione ita nominatur, I) intuitu causæ, quæ alia ratione expediri nequit, II) intuitu judicis, qui illud necessitate quasi adactus dictitat, III) intuitu personæ, quæ jurat, quia illud præcise probare debet, nisi postea noviter superveniant probationes, quibus vel, quod probationi deest, supplere, vel contrarium ejus, quod jurare debet, evincere possit. Et generatim juramentum legale ob probationes noviter repertas retractari potest, *L. XXXI. de jurejur.* quod in delato secus. Ipsa ratio diversitatis hæc est, quod in delato conventio quædam accedat, quæ in legali & necessario cessat.

SUPPLETORIUM ET PURGATORIUM) Utrumque ex probationis inopia oritur. Et id quidem dictatur probationis semiplenæ supplendæ causa, ipsumque probaturum testem in propria causa constituit, hoc vero dictatur suspicionis, contra adversam partem per probationem semiplena minorem excitatæ, removendæ causa, & a reo præstari solet. Hæc ita, si probationem ab altera parte susceptam alter non elisit, vel reprobatione æquavit. Sin probationes ex utraque parte æquales sint, dubiusque hæreat judex & anceps, cuinam parti dictitet juramentum, ille potius ad juramentum admittitur, qui de veritate

tate jurare potest, quam qui de credulitate BERGER. *Resol. Lauterb. p. 503.* & *Oec. Jur. pag. 1064.* Si de veritate neuter jurare possit, reo potius purgatorium, quam actori suppletorium dictandum, cum jura proniora sint ad absolvendum, quam ad condemnandum. LUDOVICI *Diss. de probabilitate.* Verum res omnis tamen regulis ita confici nequit, quin arbitrium judicis locum habeat LEYSER. *Spec. CLXI. sqq.*

## Aphor. XIV.

INTRA OCTIDUUM) Quod fatale tamen in Saxon. Elector. per Ordinat. Proc. Recognit. est sublatum, & judici lex dicta, ut æque, ac jure Communi fieri solet, ex officio terminum jurandi præfigat. In quo, si deferens juramentum calumniæ non præstet, juramentum principale, urgente altera parte, habetur pro præstito. Sin ille, cui juramentum delatum, contumax sit, iterum prævia contumaciæ accusatione in poenam jurare nolentium incidit, & juramentum principale habetur pro deserto.

## Aphor. XVII.

DE RE NOSTRA RESTITUENDA) Quæ pretium affectionis recipit *L. III. de juram. in litem* nec simpliciter excludi potest res fungibilis, modo fundamentum affectionis non positum sit in voluptate. Alias, quando in re conservamus memoriam patroni, secundi vel adversi casus, quando porro res lusum naturæ vel artis sistit, denique quando rem artificiosam confecit ipse, qui artem non profitetur, in infinitum eam æstimare licet,

salva tamen judici facultate, æstimationem revocandi ad æquitatem *L. IV. §. II. & III. L. V. §. I. Eod.* In reliquis omnibus verum rei pretium respicimus, quod & fit, quando res, quæ affectionem recipit, culpa levi periit. Ubique tamen de specie sermonem esse, requiritur. In quantitatibus & factis non præstitis cessat juramentum in litem. Et eatenus non opus est, ut cum Auctore distinguamus rem restituendam à re tradenda. Nam & in rem immobilem cadere potest affectio *L. I. §. XV. si quid in fraud. patron.* add. THOMASII *Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente per tot. & speciatim §. XXI. sqq.*

## Aphor. XX.

QVOD JVRAVIT) Verum hac ratione in arbitrio ejus, qui vim intulit, situm est, positumve, quantum restituere velit. Et cui religio non fuit, vim alteri inferre, illi nec religio erit, perjurio se polluere. Quæ procul dubio moverunt Legislatorem Saxonicum, ut in ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. XXXI.* juramentum minorationis abrogaret, maxime, cum actori, cui aliæ probationes desint, juramentum deferendi facultas jam competat. In subsidium vero, quando actor, qui per vim ablativam vel expulsivam res amisit, damnumque passus est, probationibus destituitur, rectius vi *L. IX. C. unde vi* ad juramentum admittitur, quod Zenonianum vocatur, & reipsa juramentum in litem est, vi cujus damnum, quod passus est, ejusque æstimationem confirmat. HORN *Diss. de jurament. Zenoniano.*

Tit.

## Tit. XIII.

## De conclusione causæ.

### Aphor. II.

TACITA CONCLVSIO EST ) Eamque sigillatim tum etiam adesse, diximus supra, quando lex partium exhibita ad certum numerum adstringit. Iis enim in casibus judex caussam ex officio habet pro conclusa.

### Aphor. IV.

NON COMMVNICANTVR ) Verum de jure Communi nec ejusmodi documenta exhibere permittitur, cum invaluerit consuetudo in foris juris Communis, ut nihil pars altera actis inserat, super quo altera pars non audienda, quodque ipsi non communicandum sit. Et, si dicendum, quod res est, parum prosunt ea, quæ ad judicis informationem exhibemus ad causæ decisionem, cum vel ideo judex ea attendere nequeat, quia altera pars desuper non est audita. Hinc generatim quoque, quæ post conclusionem in causa adducuntur nova, vel ex officio ab actis removere, vel tamen in decisione vilipendere fas est. Interim tamen necesse est, ut judex ipse ea, de quibus a partibus ante conclusionem rogatus est, quæque in decisionem causæ influunt, &, si Actis inserantur, diversam sententiam ab ea, quæ forsan fertur, efficere possunt, ex officio compleat, & addat. Nec parti deneganda facultas, judicem eo nomine post conclusionem in causa admonendi *L. XV. C. de appellat.* LEYSER. *Spec. CCCCLXV. med. VI sq.*

Tit.

# Tit. XIV.
# De ſententia judicis.
## Aphor. I.

PRONVNCIATIO JVDICIS) Vel immediata, vel mediata, adhibito in conſilium Collegio juridico. Quo ultimo tamen in caſu, quia acta transmittenda ſunt, moris eſt, ut terminus inrotulationis præfigatur, in qua partes primo diſpiciant, num quis adſit defectus, quem ſuppleant ipſi vel judex, deinde beneficio, contra quædam Collegia juridica excipiendi, utantur. Poſtea reviſis Actis hæc in præſentia partium ſunt obſignanda, quo fidem habere poſſint, acta integra eſſe transmiſſa.

## Aphor. II.

ESTQVE VEL INTERLOCVTORIA) Omnis ſententia, ſi finem reſpicias, eſt definitiva. Nam omnis ſententia dirimit litem inter partes hucusque agitatam. Quæ tamen, cum vel caput ad judicii ordinem, aut firmitatem pertinens, concernat, vel ipſam cauſam in judicium deductam directo reſpiciat, diſtinctioni inter ſententiam interlocutoriam & definitivam occaſionem dedit. Quare ſententia interlocutoria non eſt confundenda cum mera interlocutione, quæ conſiſtit in decreto judicis, quo vel ipſe vel ad inſtantiam partis ea expedienda injungit, quæ ad ordinem cauſæ pertractandæ ſpectant. Hæc enim neque prævia cauſæ cognitione datur, neque vim ſententiæ habet.

## Aphor. III.

ANTEA CITATIS) ad publicationem ſententiæ.

tiæ. Quod vel ideo necesse, quia sententia cum in finem fertur, ut legem inter partes constituat. Legem vero absque promulgatione vim obligationis non habere, per se patet. Est autem terminus iste publicationis mere arbitrarius. Ipsa è contrario publicatio actus maximi præjudicii. Ab ipso momento enim publicationis currere ex legis dispositione incipit spatium aliquod intermedium inter publicationem & obligationem, fatale nempe decendii, quo elapso sententia vim legis inter partes obtinet. Igitur curet judex, ut super actu publicationis conficiatur judicialis registratura, ex qua specifice, cui, & quo tempore atque hora publicatio facta sit, appareat.

## Aphor. IV.

Debet esse ) Verbo, sententia juri, actis, & naturæ actionis institutæ debet esse conformis. Sæpius enim non deficit jus, deficit tamen probatio. Quare dispicere debet judex, quæ actio instituta, an probata, an elisa, cum & actor potuerit copia probationis abundare, quam tamen reprobatio facit concidere. Hinc judicet quoque, quid probatum, & de qualitate probationis se informet. Secundum acta enim & probata simpliciter pronunciare debet, non vero secundum conscientiam. Certe, etiamsi sciat, rem aliter se habere, quam ex Actis apparet, hæc tamen scientia non potest producere effectum, ut contra acta judicet. Præterea quidem, ut certa sit sententia, id est, ut litem de objecto controverso terminet, omnino necesse est, sed ideo non semper potest esse specifica, & quid, qua-

le

le & quantum exprimere, cum actionis institutæ natura, quatenus illa vel universalis vel generalis, vel alternativa est, nec aliam, quam universalem, generalem vel alternativam sententiam ferat.

## Aphor. V.

Restitvendorvm) Subsistit tamen nihilosecius sententia, etiamsi de his omnibus sileat, nec ideo nulla est, sed in rem judicatam omnino transit. Quare circumspectus sit pars, cujus interest, ut & damnorum, fructuum & expensarum mentio fiat in sententia, ne in rem judicatam patiatur transsire sententiam.

## Aphor. VI.

In rem jvdicatam) Quæ, ut diximus, vim legis habet inter partes, *c. XIII. X. de sentent. & re judic.* tam firmam obligationem producentis, ut jus alterius partis inde quæsitum ipsi invito ne a Principe quidem possit interverti, *c. I. de Constit. in 6to.* Præterea non potest retractari *L. V. D. L. IV. C. de re judic.* In iis tamen capitibus, in quibus litigatoris non interest, rem judicatam jus ei non tribuere, docet Leyser. *Spec. CCCLXX. med. X.*

# Tit. XV.

# De quibusdam intervenientibus in judicio.

## Aphor. II.

In generale et speciale) Utrumque exigitur ab omnibus, qui calumniam admittere possunt. Quod tamen fieri ab eo, qui ex offi-

officio agit MEVIVS *P. VI. Dec. CXXXVIII.* GAIL. *Lib. I. Obs. XC.* & a Consiliariis Principum, qui causas eorum in Camera tractant RECESS. IMPER. *de anno 1654. §. XLIII.* non præsumitur. Nec volunt jura, hanc præsumtionem cadere in eos, quibus reverentia debetur *L. VII. de obseq. parent. L. VIII. §. V. qui satisd. cogunt.* Utrumque est legale, & a judice, parte etiam non petente, injungi, &, parte licet petente, remitti potest *c. I. de juram. calumn. in 6to.* Utrumque præstitum a calumnia excusat, non a temeritate *L. LXXIX. de judic.* Generale vero semel tantum in exordio litis *c. VI. X. de juram. calumn.* præstatur, & excludit de jure Civili speciale, quod tamen correxit Jus Canonicum *c. II. de juram. calumn. in 6to.* Speciale vero sæpius, & quotiescunque malitiæ suspicio oritur, exigi ac præstari potest FRANZKIVS *ad tit. de jerejur. n. 57.*

## Aphor. V.

ADDVCIT ET PERSEQVITVR) Fit interventio eum in finem, ut vel alterum ex partibus litigantibus excludamus, vel alteri ex litigantibus assistamus. Illa principalis dicitur, hæc accessoria. Illa processum inter actorem & reum suspendit, & novo processui inter alteram partem & intervenientem pertractando occasionem subministrat. Hæc in processu principali nil mutat, sed accessorie interveniens causam cum eo, cui assistere vult in eo statu, in quo eam invenit, continuat. Utraque quovis quidem tempore fieri potest, & principaliter interveniens adhuc in ipso termino

mino executionis, & tamdiu audiendus est, quamdiu causa plene nondum finita est. Sin finita, separato processu jus suum persequi debet. Sed, qui accessorie intervenit, ut interveniat eo tempore, quo occasio alteram partem defendendi adhuc superest, res ipsa exigit. Uterque denique interveniens interesse suum prius demonstrare debet. Sed iterum, ut principaliter interveniens præterea, suum interesse præcipuum & interesse partis litigantis præferendum esse, demonstret, natura rei docet.

## Aphor. VII.

ALIQVANDO OPVS EST) Quamvis enim successor præcise obligatus non sit ad litem ab antecessore coeptam continuandam, sed renunciare etiam possit liti, interest tamen cum judicis, tum partis adversæ, ut sciant, an judicium antecessoris successor accipere velit nec ne, cumprimis, quia successor universalis, nisi processum continuet, expensas litis restituere debeat. Itaque litis reassumtio consistit in declaratione, utrum quis causam continuare velit. Eaque est vel minus solennis, & simplici declaratione absolvitur, etiam ab eo, qui non admonitus est, dum vel ille ipse, vel procurator ejus nomen ad Acta profitetur, utque nunc cum parte adversa litigare velit, significat; vel solennis, quæ peragitur prævia citatione, causæ cognitione, & accedente judicis sententia. Et hujus quidem evitandæ causa jussit RECESS. IMPER. *de anno 1654.* ut clausula heredum mandato inseratur. Sed facile patet, præsupponi casum, ut quis pro-

procuratorem constituerit, & heredem nactus sit. Sic vero, si vel nunquam adfuerit procurator, vel minimum tempore defuncti non adsit, itemque, si successorem quis habeat singularem, vix aliter peragi potest litis reassumtio, quam publice & solenni modo.

## Tit. XVI.
## De Processu Arresti.

Est processus arresti semper præparatorius litis principalis, & duplicem finem habere potest. Vel enim arrestum in re debitoris impetramus, ut cogatur ille litem nobiscum suscipere coram judice loci, qui arrestum imposuit, etiamsi alias ratione personæ rei incompetens sit, isque processus habet effectum solum prorogatæ jurisdictionis. Vel arrestum petimus, ut credito nostro non privilegiato, si indicia adsint, debitorem non solvendo fore, jus reale conciliemus prius, quam super ipso debito litem principalem suscipiamus. Hunc processum arresti jus Commune ignorat, illeque ipse Saxonibus sigillatim cognitus, sed in Electoratu per Ordinat. Proc. Saxonici Recogn. iterum sublatus est. Nec ad priorem processus arresti speciem, sed ad posteriorem forma pertinet ab Auctore suppeditata. Uterque tamen in eo convenit, quod I) adesse debeat debitum, etsi non præcise liquidum, verum tamen, quod existit, II) periculum in mora, quod forsan debitor de fuga suspectus, morosus, valde obæratus sit. Mevius *de arrest. cap. VI.* Leyser. *Spec. CCCCLXXV. med. I. sq.* Utrumque igitur, ut arrestum impetrans aliqualiter demonstret, & præterea judex circumspectus sit, ne

demonstratione facta arrestum deneget, aut ad nuda asserta arrestum concedat, necesse est. Quodsi vero judex admittat arrestum, idque finem consequendi juris realis habeat, de renovatione cogitet impetrans & postea libellum actionis exhibeat, die Kummer-Klage, in qua doceat, se in impositione arresti formam adhibuisse, quam lex præscribit, ipsumque vero simul debitum processu principali discutiendum in litem deducat. Sin prorogandæ solum jurisdictionis causa impetratum sit, libellum principalem statim exhibere fas est, nec facile renuit judex, ut arresti relaxationem concedat, si debitor cautionem de judicio suscipiendo afferat sufficientem. Si nec hanc, arrestum recte continuat, usque dum lis principalis finita est, utque creditori ex re, cui arrestum impositum est, satisfiat, interveniente executione curat. vid. LUDOVICI Einl. zum *Civil-Proc. cap. IV.*

## Tit. XVII.
## De Processu summario.

PRocessus summarius dicitur, qui substantialia quidem processus & ordinem, quem ipsa natura rei controversæ exigit, servat, solennitatem vero legalem non exposcit. Sufficit simplex judicis imploratio. Sufficit congrua responsio. Sufficit aliqualis demonstratio, quæ ne quidem ad certum fatale est adstricta, nisi judex abbreviandæ litis causa certum probationi terminum præstituerit. Adhibetur vero vel ex speciali privilegio personæ, vel ex speciali privilegio causæ, vel ob imminens Reipublicæ aut litiganti irreparabile fere

præ-

præjudicium ex discussione causæ diutius dilata. Sic controversiæ studiosorum, rusticorum, sic causæ Ecclesiasticæ, sic causæ alimentorum, vectigalium, novi operis nunciatio, summario processu expediuntur. Ubique tamen lex permissiva adesse debet. Alias enim judex invita altera parte modum procedendi ordinarium mutare, vel de solennitatibus aliquid remittere nequit.

## Tit. XVIII.
## De Processu Executivo.
### Aphor. II.

EXECUTIONEM HABENTIBUS) Vel potius, processum executivum instruit confessio partis adversæ scripta, ita comparata, ut, quid, quale, quantum, cui, quo tempore & ex qua causa præstare debeat, inde appareat; sic vero ex tali instrumento probatio omnium capitum libelli, quæ facti speciem concernunt, parata sit. Tum enim, cum ad condemnandum reum nihil amplius requiratur, permittunt jura, ut probationem libello statim adjungere, & judicis sententiam condemnatoriam petere possimus. Imo, si documentum publicum sit, cui vis probandi per se inest, judex statim solutionem injungit, sub comminatione executionis. Privatum vero documentum, quia non probat, nisi agnitum, hunc solum effectum producit, ut judex terminum præfigat, in quo reo copia documentum inspiciendi detur, eo fine, ut vel agnoscat documentum, vel illud diffiteatur. Hoc vero si faciat, absolvitur, illud, si peragat, condemnatur. Quodsi demum ad rigorem cam-

bialem debitor, qui obligationem ex cambio recipere potest, sese obligaverit, non quidem cessat facultas ipsi competens vel agnoscendi vel jurato diffitendi documentum. Non tamen opus est, ut praecedat citatio vel admonitio de solvendo, sed citatio realis locum habet, & nisi in continenti debitor se cambium scripsisse & subscripsisse, interveniente juramento, neget, carceri tamdiu mancipatur, donec id, quod in cambio est, praestiterit. Sic vero in processu executivo executio in bona debitoris, in cambiali in personam ejus dirigitur.

## Aphor. III.

DIFFITERI INSTRUMENTUM DEBET) Et huc recte applicantur, quae supra de recognitione & diffessione documentorum diximus, ubi de probatione sermo erat. Nec dubitamus, quin & in processu executivo locum habere possit comparatio literarum & recognitio per testes, ut juratam diffessionem declinemus, per ea, quae tradit BERGER in *Programm. Elect. Proc. Executivi adjecto.*

## Aphor. IV.

PEREMTORIAE) Imo & dilatoriae, quae eo spectant, ut judicio firmitatem & stabilitatem conciliemus. Quod autem peremtoriae debeant esse liquidae in continenti, id inde est, quia liquidum, quod ex actione in oculos incurrit, sub praetextu illiquidi remorari non potest. Quatenus vero reus parata habet media probandi, omnes omnino exceptiones admittuntur, quae jus actoris excludunt. Non autem de jure Saxonico alia probatio pro liquida habetur, nisi, quae ex documentis guaren-

rentigiatis, quæ supra descripsimus, desumitur. De jure vero Communi admittitur etiam juramenti delatio STRYCK. *Us. Modern. Dig. tit. de jurejur.* §. *XXIII.* MARTINI *in Proc. Tit. XXXIX.* §. *III. n. 89.* Quod tamen ita intelligendum esse puto, ut præstatio juramenti omne dubium de obligatione rei tollat. Sin ambigua nihilosecius res sit, præstat, juramenti delationem rejicere, & rei exceptiones ad reconventionem ablegare, quam jus actoris liquidum & executionem sub prætextu illiquidi remorari.

## Tit. XIX.

## De processu secundæ instantiæ.

AUctor hoc loco vocem instantiæ in sensu Grammatico accipit, & per processum secundæ instantiæ omnem causæ controversæ post sententiam denuo peragendam cognitionem intelligit, quæ eum habet finem, ut appareat, an gravamen, de qua pars adhibito remedio suspensivo conquesta est, quodque corrigendum esse asserit, correctione indigeat. Et eatenus omnia remedia suspensiva huc pertinent. Proprie autem processus secundæ instantiæ is dicitur, quando provocatione ad superiorem facta ab hac causæ cognitio denuo instituitur. Sunt autem remedia, quibus contra sententiam gravantem utimur, vel extraordinaria, vel ordinaria. Extraordinaria etiam post rem judicatam locum habent, vel minimum ad decendium, quod leges remediis ordinariis præscripserunt, non alligantur. Sic contra rem judicatam minores, quique eorum jure fru-

untur, ex capite læſionis reſtituuntur in integrum. Nec nocet res judicata, ne in Camera Imperii ad remedium reviſionis, in Judicio Imperii aulico ad remedium ſupplicationis confugiamus. Sic etiam in cauſis, in quibus ſententiæ in rem judicatam plane non transeunt, v. c. in criminalibus, in matrimonialibus, item, quando ſententia nullitate inſanabili laborat, add. BÖHMERI *Diſſ. de ſentent. in rem judic. non tranſeunt.* per modum deductionis, defenſionis, querelæ nullitatis gravamen corrigere poſſumus. Quod autem remedia ordinaria attinet, illis ſemper utimur ad ſuſpendendas rei judicatæ vires, & ſic etiam, quomodocunque nominentur, ad decendium adſtringuntur, quamvis præter effectum ſuſpenſivum adhuc effectum devolutivum, ut appellatio, habeant, & cauſa non a judice, qui ſententiam tulit, ſed a judice ſuperiori cognoſcenda ſit denuo. In eo itaque omnia remedia ordinaria conveniunt, ut I) intra decendium a tempore publicatæ ſententiæ interponenda ſint, II) ut præſupponant gravamen verum illatum, quod vel præjudicium in continenti & præſens adjectum habet, vel minimum, niſi corrigatur, ratione futuri damno irreparabili afficit. III) ut, qui eo utitur, præciſe & ſub poena deſertionis formalia a lege cuicunque remedio præſcripta ſervare debeat, IV) ut, quando recipitur remedium, & cauſa denuo in præfixo termino cognoſcitur, gravatus non ſolum demonſtrare debeat, ſe formalia obſervaſſe, ſed etiam ulterius, ſe in materialibus & meritis cauſæ gravatum eſſe deducat. Quod, ſive fiat per modum

dum prosecutionis, sive per modum deductionis, sive per modum justificationis, perinde est. V) Ut generatim gravatus remedium eligat, cui lex vel consuetudo tanquam remedio suspensivo effectum suspendendi rem judicatam tribuit. Non enim ubique v. c. leuteratio, ut in Saxonia, admittitur, sed in locum ejus vel revisio actorum, vel supplicatio succedit, quæ in Saxonia iterum incognita est. Cumque gravatus sibi non possit remedium fingere, sed id eligere, quod publice approbatum est, facile quoque apparet, nullum remedio protestationis simplici tribui posse effectum suspensivum.

## Aphor. II.

NULLA VERO DICITUR SENTENTIA) Querela nullitatis partim extraordinarium, partim ordinarium remedium est, gravamen corrigendi. Ut extraordinario ea utimur, quando nullitas est insanabilis. Est vero talis in duplici sensu, nimirum vel absolute, quando judex sententiam tulit in processu, qui substantialia requisita non servavit, eaque & de jure Imperii per RECESS. IMPER. *de anno 1654.* §. *CXXI.* & de jure Saxonico BERGER. *Elect. Discept. Forens. p. 1027.* in perpetuum urgeri potest, nec præscriptionem admittit, vel secundum quid, quando sententia vel legi publicæ, vel legi privatæ, quæ nempe jam jus fecit inter partes, directo contraria lata est, eaque de jure Imperii intra triginta annos, de jure Saxonico intra terminum Saxonicum urgeri potest, eaque, nisi in continenti liquida sit, executionem non suspendit, vid. tamen MENCKE *Tract. Synopt.*

*Proc. Tit. XXXVIII. §. X.* Reliquæ omnes nullitates vel per remedium nullitatis, tanquam ordinarium, quando, ut tale approbatum est, seorsim, vel per remedium nullitatis cum alio remedio cumulatum intra decendium proponendæ sunt STRYCK. *Introd. ad Pr. Forens. cap. XXIII. §. XXVII.*

## Aphor. X.

REMEDIVM SVPPLICATIONIS) Quod itidem, quatenus ut ordinarium remedium approbatum est, ad fatale decendii adstringitur. Ut extraordinarium vero in INSTRVM. PAC. WESTPHALICAE *art. V. §. LV.* approbatum est, & in Judicio Imperii aulico ita frequentatur, ut gravatus per sententiam intra biennium Imperatorem imploret, velit ille causam denuo cognoscere, & gravamen corrigere.

## Aphor. XI.

RESTITVTIO IN INTEGRVM) Quæ denuo iis in locis, ubi remediis suspensivis annumeratur, a reliquis nominetenus solum differt. Quatenus vero minores, & qui his æquiparantur, eo beneficio contra rem judicatam utuntur, ea observanda sunt, quæ supra ad *tit. de Restit. in integr.* tradidimus.

## Aphor. XII.

ALIVDVE FACTVM) Præsupponit itaque appellatio æque, ac alia remedia suspensiva, gravamen, non tamen præcise per sententiam, sed qualecunque a judice inferiori, dum officio suo deest, illatum. Suspendit ubique causæ cognitionem, & judex inferior, qui pendente appellatione procedit, attentatum & spolium committit. Non tamen sem-

ſemper proceſſui appellationis locum facit, ſed tum demum, quando per ſententiam gravamen infertur. Judicem enim limites officii excedentem, vel minus recte procedentem ſuperior potius brevi manu officii ſui admonet, cum, an officio defuerit nec ne, ex Actis ſtatim pateſiat. Semper etiam appellatio præter ſuſpenſivum effectum devolutivum habet, cum eo fine fiat, ut judex ſuperior corrigat gravamen. Nec hunc effectum unquam amittit. Quamvis enim ſint caſus, ubi appellatio executionem non ſuſpendat, judicis tamen inferioris non eſt, ut de appellationis admiſſibilitate judicet, ſed nihiloſecius res illius deciſioni committenda, ad quem appellatio dirigitur.

## Aphor. XIV.

Ab inferiore ad svperiorem) Et quidem ad proxime ſuperiorem. Neque enim inſtantiam intermediam prætergredi fas eſt. Sic vero appellatio ad parem & appellatio per ſaltum prohibita eſt. Si plures judices ſuperiores concurrant, eligere poteſt appellans, quem velit. Sed poſt electionem, ſi cauſa ſemel devoluta, variare non poteſt, nec ob idem gravamen ad alterum judicem recurrere. Quodſi tamen alter judex gravamen ſemel correxerit, & poſtea judex inferior denuo gravet, quamvis in eadem cauſa, exiſtimarem ego, ob novum gravamen appellantis jus eligendi reviviſcere, nec jus illi judici ſuperiori ex cauſa ſemel devoluta eſſe quæſitum, ut & ob novum gravamen appellatio ad ſe dirigi poſtulet. Cæterum appellationem ſemper judici a quo exhibendam eſſe, finis appellationis indicat.

CORAM NOTARIO ET TESTIBUS) In subsidium nempe, regulariter, quando judex a quo appellationem recipere nolit, copiam sui non faciat, vel periculum immineat appellanti ex insinuatione appellationis.

## Aphor. XV.

PETERE TENETUR) Et ex more quorundam judiciorum etiam sub poena desertionis redimere. Petit autem de jure Romano iterata vice, de jure Canonico semel, per formulam tamen instanter & sæpius.

REVERENTIALES) quæ testimonium solum continent, appellationem rite esse interpositam.

## Aphor. XVI.

PRO CITATIONE) De Jure Imperii petere solent appellantes, ut judex superior concedat processus adpellatorios, & causam judicet devolutam, postea demum citationem pro justificatione peragenda exposcit appellans.

INHIBITIONE) Quæ tamen non eum effectum habet, ut nunc demum judex inferior a causæ cognitione desistat, hic enim effectus jam appellationis insinuationi inest, nisi cogites casum, quo judici non attenta appellatione procedere licet, sed datur potius eum ob finem, ut judex certior reddatur de intentione judicis superioris, causam denuo cognoscendi.

ACTA PRIORIS INSTANTIAE EDAT) Nisi jam ea exhibuerit judex appellanti, quod regulariter facere debet. In Saxonia etiam, ubi judici incumbit necessitas, ut post redemtionem apostolorum Acta ad judicem superiorem ipse mittat,

taat, & de statu causæ referat, tum compulsoriales effectum habebunt, quando judex inferior in transmittendis Actis negligens est.

## Aphor. XXI.

Remittitur causa) Quod, ut fiat, ille, qui victor ex processu appellationis abiit, efficere studet, dum de remissorialibus decernendis judicem superiorem implorat.

Exequitur) Quia judex inferior, qui semel gravamen intulit, semper gravare velle præsumitur. Quare, etiamsi de lite principali nondum sit lata sententia, tamen judex superior causam in suo judicio finiendam curat.

## Aphor. XXIII.

Revisio actorum) Quæ iterum vel extraordinarium vel ordinarium remedium est. In multis enim Germaniæ judiciis in vim remedii suspensivi revisionem actorum urgere licet. Quando vero in Camera Imperii ut extraordinarium remedium adhibetur, intra quatuor menses a tempore publicatæ sententiæ apud Electorem Moguntinum interponitur, in omnibus casibus, in quibus ab inferiori judice appellatio permissa fuisset. Postea præstito prius juramento revisorio ab eo, qui se gravatum dicit, certi constituuntur revisores jurati, qui causam denuo cognoscant. Quæ omnia & plura collige ex Ordinat. Camer. *alleg.* & Recess. Imper. de anno *1654. §. CXXIV. seqq.* add. Mencke *Tract. synopt. Proc. Tit. XXXVII. §. XIV. seqq.*

Tit.

# Tit. XX.
# De Executione ſententiæ.
## Aphor. I.

PER MAGISTRATUM) Quando pars victrix inſtat. Nam ex officio magiſtratus executionem decernere nequit. Magiſtratus vero auctoritas ideo requiritur, quia nemo ſibi ipſi jus dicere poteſt.

## Aphor. II.

SI VERO) Si e contrario factum a reo præſtandum ſit, mandatis poenalibus procedendum eſt, vel executio in perſonam decernenda refractariam. Si de omiſſione facti lis ventilata, itidem præceptum prohibitivum poenale judex decernat, vel, quod conſultius eſt, eum, qui factum omittere debet, ad ſufficientem cautionis præſtationem adigat, quæ in caſum contraventionis in commiſſum cadat, & parti victrici loco intereſſe cedat.

PIGNORI CAPIAT) Quem ordinem ab Auctore adductum in Saxonia Electorali præciſe non ſervant, ſed arbitrio victoris relinquunt, quanam in re executionem decerni velit, modo, quod & de jure Communi præſupponendum, res, in qua executio decernitur debitoris, propria ſit.

AD JURA) Si tamen jura ſint perſonalia, v. c. uſusfructus, ita executio peragenda eſt, ne tertio, qui poſt debitoris mortem rem ſibi vindicat, præjudicium oriatur, utque ſubſtantia rei ſalva conſervetur, præterea quoque, ſi jus in re onus habeat adjunctum, hujus ratio habeatur. Sic v. c. marito debitori uſusfructus rei dotalis, patri

tri ususfructus bonorum adventitiorum in tantum solum adimi potest, in quantum onera matrimonii a marito ferenda, vel onus educandi a patre agnoscendum executionem fieri permittunt.

ET NOMINA) Quorum intuitu executio ita peragitur, ut debitoris debitori judex interdicat, ne solvat suo creditori, sed, quicquid habeat solvendum, in judicio potius deponat. Quando vero in re debitoris executio peragitur, præcedit prius præceptum de solvendo, additurque eventualiter comminatio executionis certo die expediendæ. Si nihilosecius contumax sit debitor, in rem ipsam fit executio, & jus reale pignoris per eam creditori tribuitur, insimul jure Communi creditor, si res sit immobilis, statim exmisso prius debitore immittitur, eique jus bonæ fidei possessionis conceditur. De jure vero Saxonico communi post executionem & ante immissionem novum spatium solutionis conceditur. Peracta denique executione in re mobili, sequitur ejus auctio, & facta in re immobili immissione, ejus subhastatio. Est autem & auctio & subhastatio venditio publica auctoritate plus licitanti eum in finem facta, ut verum rei eruamus pretium, ex eo vero creditori satisfaciamus.

## Aphor. V.

NON SUBJACENT) Quod tamen non ita intelligendum, ac si plane non fieri possit in his rebus executio, sed quod in subsidium, si aliunde satisfieri nequeat creditori, executio demum in his rebus peragatur. Nam regulariter debitor ad saccum usque & peram excutitur, nisi lex ipsi suc-

ſuccurrat, ut in tantum ſolum condemnetur, in quantum facere poteſt, quod beneficium competentiæ vocant.

## Tit. XXI.

## De Proceſſu Criminali.

### Aphor. I.

NISI QVOD IN ILLIS) Et præterea reus ex carcere reſpondere debeat, niſi cautionem de judicio ſiſti & judicatum ſolvi præſtiterit. Ad quam tamen, ſi delictum poenam corporis afflictivam vel capitalem mereatur, facile non admittitur.

### Aphor. II.

VEL EX FAMA COMMVNI) Sive tamen ex fama, ſive ex denunciatione originem trahat inquiſitio, ubique requiritur, & hanc & illam in ſufficientibus & a lege approbatis niti indiciis, quæ inquiſitioni locum facere poſſunt.

### Aphor. III.

GENERALEM VOCANT) Ergo in genere eo tendit inquiſitio generalis, ut judex ſe de certitudine corporis delicti informet.

### Aphor. IV.

IN OMNIBVS DELICTIS) Hac tamen adhibita differentia, ut, ſi ex inquiſitione generali appareat, poenam vix ad relegationem usque excreſcere poſſe, ſummaria rei reſponſio ſufficiat, quam condemnatio vel abſolutio ſequatur, cum e contrario, ſi poena gravior relegatione probabiliter immineat, inquiſitio ſpecialis prius expediri ſoleat.

### Aphor. X.

IVRATAM DEPOSITIONEM TESTIVM) Eſt qui-

quidem confrontatio non de essentia processus criminalis, nec certa lege introducta, utiliter tamen adhibetur, multumque sæpius confert, ut delinquens confiteatur delictum. Et eatenus arbitrio judicis etiam relinquendum est, in qua parte judicii criminalis eam adhibere velit, modo indiciis jam certa persona de delicto commisso sit gravata. Merito tamen non a confrontatione solum, sed a speciali etiam inquisitione, prudens judex abstinebit, quousque jurata testium depositio nondum adest. Cum enim testimonium injuratum per se non probet, ita multo minus gravat, cumprimis, quia experientia teste sæpius testes absque juramento examinatos minus considerate deponere videamus, &, cum juramentum exigitur, re quasi melius cogitata, mirum in modum variare. Imo in genere auctor ero suasorque, ut judex eo ipso, quo testem examinat, jurejurando eum obstringat, cum & fieri possit, ut testis examinatus absque juramento postea moriatur, ipsumque judicium criminale ob probationis inopiam elusorium evadat.

## Aphor. XI.

NECESSARIA VIDEBVNTVR) Hoc ita, si ejus responsio ad articulos jam extet. Ei vero, qui pro inquisitione avertenda laborat, inspectionem actorum plane denegant, quod nescio, an justitiæ & æquitati conveniat, cum vix effectum quis sibi promittere possit de defensione, quando indicia, quæ removere vult per defensionem, ignorat.

Aph.

## Aphor. XIII.

VEL SVMMA ADJVDICATVR) Non tamen adjudicatur tortura, nisi delictum poenam minimum corporis afflictivam mereatur, indicia delicti commissi sufficienter probata sint, nec delinquens privilegio, quod eum torturæ subjici vetat, tutus sit. Et si applicatur tortura, humanitatis ratio habenda est, debetque judex præcavere excessum. Quæ omnia a Doctoribus Juris Criminalis late explicantur.

## Aphor. XVII.

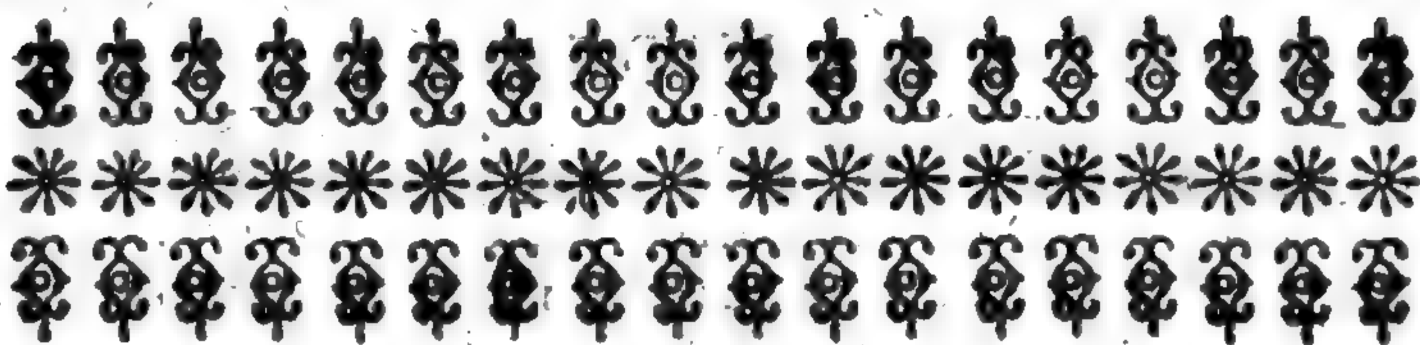
EXTRAORDINARIA INFLIGITVR) Modo tamen insignis delinquentis non eluceat malitia, totque indicia eum premant, ut pro convicto haberi possit. Certe de jure Communi hoc in casu ne tortura quidem opus est, sic vero dubitari nequit, quin & ibi poena ordinaria locum habere possit.

## Aphor. XVIII.

ALIQVANDO ETIAM) In genere impunitus non dimittitur delinquens, nisi plene purgaverit indicia contra se militantia. Sed etsi purgaverit plene, si tamen iterum tam gravia eum presserint indicia, ut præter confessionem nil fere ad condemnationem superfuerit, eum extra ordinem puniri posse, vix dubitari poterit vid. BARTHII *Diss. de convicto non confesso*, BODINI *Diss. de usu & abus. tortur.*

TANTVM!

INDEX



# INDEX

## RERUM ET VERBORUM.

### A.

Allu-

ejus

do

*Pictu-*

## Q.

T.

semper

FINIS.

